

Georg Hartmut Schroer

Das Notwegrecht
im französischen, deutschen und
schweizerischen Recht

1969
—





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0016



DAS NOTWEGRECHT
IM FRANZÖSISCHEN, DEUTSCHEN UND SCHWEIZERISCHEN RECHT



I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Georg Hartmut S c h r o e r
aus Soest
1969



Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Heldrich

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Gmür

Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1969

Inhaltsübersicht
=====

	<u>Seite:</u>
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungen	XXVI
 <u>1. Kapitel</u>	
Zweck und Bedeutung des Notwegrechts	1
 <u>2. Kapitel</u>	
Geschichte des Notweges	3
A. Römisches Recht	3
B. Mittelalterliches deutsches Recht	5
C. Ancien Droit	8
D. Gemeines Recht	13
E. Preußisches Recht	17
F. Schweizerisches Recht bis zur Einführung des ZGB	19
 <u>3. Kapitel</u>	
Die Tatbestände des Art. 682 Code civil, des § 917 Bürgerliches Gesetzbuch und des Art. 694 Schweizerisches Zivilgesetzbuch	20
A. Wegenot	20
B. Bestimmung des notwegpflichtigen Grundstücks	29
C. Art des Notweges	35
 <u>4. Kapitel</u>	
Rechtsnatur und Entstehungsgrund des Notwegrechts	39
A. Im Code civil	39
I. Das Eigentum und seine Beschränkungen	39
1. Legal servituten als gesetzliche Eigentums- beschränkungen	40

	<u>Seite:</u>
2. Legalsservituten als Dienstbar- keiten	41
3. Das Notwegrecht als Dienst- barkeit	42
II. Entstehung des Notwegrechts	43
1. Ansicht der Literatur	43
a) Vertrag bzw. Urteil als Ent- stehungsgrund	44
b) Gesetz als Entstehungsgrund	45
c) Vermittelnde Meinung	46
2. Ansicht der Rechtsprechung	47
B. Im Bürgerlichen Gesetzbuch	48
I. Das Eigentum und seine Be- schränkungen	48
II. Rechtsnatur und Entstehungsgrund des Notwegrechts	49
1. Ältere Literatur	49
2. Ansicht von Rüdenberg	53
3. Heutige Literatur	54
C. Im schweizerischen Zivilgesetzbuch	58
I. Das Eigentum und seine Beschrän- kungen	58
1. Unmittelbare gesetzliche Eigen- tumsbeschränkungen	60
2. Mittelbare gesetzliche Eigen- tumsbeschränkungen	61
II. Das Notwegrecht als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung	63
1. Anspruch auf die Einräumung eines Notweges	63
2. Das begründete Recht	67
D. Vergleichende Betrachtung	69

Seite:

5. Kapitel

Regelung der Ausübung des Notwegrechts	75
A. Vertrag	75
B. Eintragung im Register/Grundbuch	75
C. Urteil	80
D. Ersitzung	83
E. Einstweilige Verfügung	87
F. Vergleichende Betrachtung	87

6. Kapitel

Die Parteien	90
A. Anspruchsberechtigte	90
B. Anspruchsverpflichtete	92
C. Vergleichende Betrachtung	93

7. Kapitel

Die Entschädigung	95
A. Im französischen und schweizerischen Recht	95
I. Die Parteien	95
II. Die Form der Entschädigung	96
III. Funktion und Bemessung	98
IV. Zeitpunkt der Erbringung der Entschädigung	100
V. Verjährung	102
B. Im deutschen Recht	103
I. Rente als Entschädigungsform	103
II. Die Parteien	103

	<u>Seite:</u>
III. Rechtsnatur	104
IV. Beginn und Bemessung der Rente	105
V. Eintragung im Grundbuch	106
VI. Erlöschen der Rente	107
C. Vergleichende Betrachtung	109

8. Kapitel

Rechts- und Besitzschutz	111
A. Rechtsschutz	111
B. Besitzschutz	111

9. Kapitel

Erweiterung, Einschränkung und Verlegung des Notweges	118
A. Erweiterung und Einschränkung	118
B. Verlegung	119
C. Vergleichende Betrachtung	121

10. Kapitel

Untergang	122
A. Verjährung	122
B. Wegfall der Wegenot	123
C. Mißverhältnis zwischen Vorteil und Nachteil	129
D. Vergleichende Betrachtung	130

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- =====
ABERKANE, Hassen Essai d'une théorie générale de
l'obligation propter rem en
droit positif français,
Paris 1957
- ACOLLAS, Emile La propriété,
Paris 1885
- APPERT, Georges Des droits du propriétaire vis à
vis de ses voisins,
Rev. trim. civ. 1906 S. 71 ff.
- ARMINJON, Pierre/NOLDE, Boris/
WOLFF, Martin Traité de droit comparé,
1. Bd., Paris 1950
- ARNDTS, Ludwig Lehrbuch der Pandekten,
12. Aufl., bearb. v. Pfaff und
Hofmann,
Stuttgart 1883
- ASTRUC, Louis Traité des servitudes des
héritages rustiques et urbains,
Paris 1775
- AUBRY, C./RAU, C. Droit civil français,
Bd. 2, Biens,
6. Aufl. (bearb.v.Bartin)
Paris 1935
7. Aufl. (bearb.v.Esmein)
Paris 1961
Bd. 3, Servitudes, Hypothèques,
6. Aufl. (bearb.v.Bartin)
Paris 1938
7. Aufl. (bearb.v.Esmein u.
Ponsard) Paris 1968
- AZARA, Antonio Propriété et droits réels d'après
le projet de Code civil italien;
Etudes de droit civil à la
mémoire de Henri Capitant, S. 25 ff.,
Paris 1939
- BACHMANN, Ernst Die nachbarliche Überschreitung
des Grundeigentums,
Bern 1937
- BARBERO, Domenico Il sistema degli articoli 1051 e
1052 Codice civile nella determina-
zione del passaggio coattivo.
Revista di diritto civile 1962,
S. 103 ff.
- BARBO, Emil Die Theorie der Servituten des
französischen Rechts,
Karlsruhe 1853
- BÄRMANN, Johannes Neues französisches Grundbuch-
recht, AcP 155 (1956) S. 440 ff.

- Über neuere Entwicklungen im Gebiete des Wohnungs-, Teil- oder Stockwerkeigentums im Ausland, Festschrift Ficker, S. 15 ff., Frankfurt 1967
- BARRE, Ernest
Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux, 2. Aufl., Berlin/Paris 1899
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel
Traité théorique et pratique de droit civil, 6. Bd., Des Biens (bearb. v. Chauveau), 3. Aufl., Paris 1905
- BAUMGARTNER, Walter
Das Notwegrecht und das Notbrunnenrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1930
- BEAUNE, Henri
Droit coutumier français, 3. Bd., La condition des biens, Paris 1886
- BERAUD, R.
Servitudes, Bornage, Mitoyenneté, Clôture, Voisinage, 3. Aufl., Paris 1967
- BESLER, Georg
System des gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1866
- BETTI, Emilio
Système du Code civil allemand, Mailand 1965
- BEUDANT, Charles
Cours de droit civil français, 4. Bd., Les Biens (unter Mitarbeit von Voirin), 2. Aufl., Paris 1938
- BIERMANN, Johannes
Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914
- BLAISE, Jean Bernard
Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage, Rev. trim. civ. 1965, S. 261 ff.
- BLANKE, Edzard
Die Reform des französischen Liegenschaftsrechts im Jahre 1955 und das deutsche Liegenschaftsrecht, Diss. München 1963
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar
Deutsches Privatrecht, 1. Bd., München 1853
- BOSSHART, Jean Jacques
Les restrictions légales indirectes de la propriété foncière, Diss. Fribourg 1954

- BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (vom 28.5.1904)
- BOURDOT DE RICHEBOURG, Charles Nouveau coutumier général, 1. - 4. Bd., Paris 1724
- BOURJON, François Le droit commun de la France et la coutume de Paris, Paris 1747
- BRANCA, Giuseppe Commentario del Codice civile, 3. Buch: Della proprietà. Servitù prediali, Art. 1027-1099, 4. Aufl., Bologna/Rom 1967
- BRUGGMANN, Karl Das Durchleitungsrecht im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1913
- BUCH, Georg Der Notweg, München/Berlin/Leipzig 1919
- CAPITANT, Henri Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin, Revue critique de législation et de jurisprudence, S. 1900, 156 ff.
Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 4. Aufl., (bearb. von Julliot de La Morandière u. Weill), Paris 1964
- CARBONNIER, Jean Droit civil, 2. Bd., Les Biens et les obligations, 4. Aufl., Paris 1964
- CARONI-RUDOLF, Karin Der Notweg, Bern 1969
- CHENON, Emile L'ancien coutumier du pays de Berry, Paris 1905
Les demembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution, 2. Aufl., Paris 1923
- CHENU, Jean Pierre De la "transcription" à la publicité foncière, Thèse Bordeaux 1958

- COCQUILLE, Guy Les oeuvres de Guy Cocquille contenant La Coustume de Nivernois, Les Institutions au droit des François, Paris 1646
- COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri Traité de droit civil (neu bearb. von Julliot de la Morandière, 2. Bd. Obligations. Droits réels principaux, Paris 1959
- COLONNA D'ISTRIA, Pierre-Paul Du passage en cas d'enclave, Thèse Lyon 1928
- CONRAD, Hermann Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Bd. Frühzeit und Mittelalter, 2. Aufl., Karlsruhe 1962
- COSACK, Konrad Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Sachenrecht, 7./8. Aufl. (bearb. v. Mitteis), Jena 1924
- COSTE-FLORET, P. Le Code civil et les codifications étrangères (La révolte des législations étrangères contre le Code civil français) Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, 1945-1946 S. 53 ff., Paris 1947
- CROME, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Bd. Sachenrecht, Tübingen 1905
- CRUSEN, G./MÜLLER, G. Das Preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1901
- DABIN, Jean Une nouvelle définition du droit réel, Rev. trim. civ. 1962, S. 20 ff.
- DAVID, René Le droit français, 2. Bd., Principes et tendances du droit français, Paris 1960
- DELMAS SAINT HILAIRE, Jean Pierre Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français, Thèse Paris 1955
- DEMANTE, Antoine Marie Cours analytique du Code civil, 2. Bd. Art. 312 - 710, 3. Aufl., Paris 1896
- DEMOGUE, René Traité des obligations en général. Sources des obligations, Bd. 3, Paris 1923

- DEMOLOMBE, Charles Cours de Code Napoléon,
Bd. 11,12,Traité des Servitudes
ou services fonciers, 4.Aufl.,
Paris 1867/68
- DENKSCHRIFT zum Sachenrecht,
Mugdan, Die gesamten Materialien
zum Bürgerlichen Gesetzbuch für
das deutsche Reich, 3.Bd.,Sachen-
recht,
Berlin 1899
- DERNBURG, Heinrich Pandekten,
1. Bd., 5.Aufl.,Berlin 1896
- Die allgemeinen Lehren und das
Sachenrecht des Privatrechts
Preußens und des Reichs,5.Aufl.,
Halle 1894
- DESCHENAUX, Henri Les restrictions légales de la
propriété foncière et le registre
foncier,
ZBGR 28 (1957) S.321 ff.
- Obligations propter rem,
Festgabe für Max Gutzwiller,
S. 711 ff., Basel 1959 (zit.
Deschenaux,Festgabe Gutzwiller)
- Les obligations dites réelles
et leurs rapports avec le
registre foncier,
ZBGR 43 (1962) S. 282 ff.
- DIMOPOULOS-VOSIKIS, H. Zum Problem der dinglichen
Pflicht,
AcP 167 (1967) S.515 ff.
- DOMAT, Jean Les lois civiles dans leur
ordre naturel,
nouvelle édition,Paris 1777
- DUGUIT, Léon Traité de droit constitutionnel,
3. Bd., 2. Aufl.,Paris 1923
- DUNI, Mario Du nouveau sur l'enclave,
Gaz. Pal. 1968 I Doctrine
135/136
- DURANTON, Alexandre Cours de droit français suivant
le Code civil,
5. Bd., 2. Aufl.,Paris 1828
- DUTHEILLET-LAMONTHEZIE,Jean Louis Recherches sur l'origine de
l'article 544 du Code civil,
Thèse Paris 1956

- EGGER, August Vom individualistischen zum
sozialen Zivilrecht,
Ausgewählte Schriften und Ab-
handlungen,
1. Bd., S. 209 ff., Zürich 1957
- EICHLER, Hermann Institutionen des Sachenrechts,
Ein Lehrbuch,
2. Bd., 1. Halbb., Eigentum und
Besitz, Berlin 1957
- ELVERS, Christian Friedrich Über die theoretisch-praktische
Begründung und Ausbildung der
gemeinrechtlichen Lehre vom
Nothwege,
Themis 1827, S. 73 ff.
- ENDEMANN, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd., 2. Abt. Sachenrecht,
8./9. Aufl., Berlin 1905
- ENNECCERUS, Ludwig/KIPP, Theodor/
WOLFF, Martin Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
3. Bd., Sachenrecht (9. Bearb. v.
Wolff) Marburg 1932 (zit. Wolff)
(10. Bearb. v. Wolff/Raiser)
Tübingen 1957 (zit. Wolff/Raiser)
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
4. Aufl., Münster 1967 (zit.
Erman/(Bearbeiter))
- FENET, P.A. Recueil complet des travaux
préparatoires du Code civil,
11. Bd., Paris 1836
- FERAUD-GIRAUD, Louis Traité des voies rurales publiques
et privées et servitudes rurales
de passage,
2. Bd., 3. Aufl., Paris/Aix 1886
- FERRAND, Gustave De l'enclave,
Thèse Grenoble 1867
- FIGGE, R. Der Notweg,
AcP 160(1960) S. 409 ff.
- FILHOL, René La rédaction des coutumes en
France au XV^e et XVI^e siècles,
La rédaction des coutumes dans
le passé et dans le présent,
S. 63 ff., Brüssel 1962
- FORNI, Rolando Regime tabulare delle restrizioni
legali della proprietà,
Tesi di laurea, Bern 1949

- FÖRSTER, Franz/ECCIUS, M.E. Preußisches Privatrecht,
3. Bd., Das Sachenrecht,
7. Aufl., Berlin 1896
- FÖRTSCH, R. Vergleichende Darstellung des
Code civil und des Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche
Reich,
2. Aufl., Berlin 1899
- FOURNEL, F. Traité du voisinage,
2. Bd., Paris AN XIII
- FOURNIER, Armand "Servitudes" Dalloz Répertoire
notarial, 2. Bd., Paris 1961
- FRIEDEL, Georges "Servitudes", Dalloz Répertoire
de droit civil,
4. Bd., Paris 1954
- FUZIER-HERMAN, Ed. Code civil annoté,
2. Bd. Art. 637 - 1047 (neubearb.
v. Demogue), Paris 1936
- GAVINI DE CAMPILE Traité des servitudes,
2. Bd., Paris 1856
- GERBER, Carl Friedrich System des Deutschen Privatrechts
auf der Grundlage des Entwurfs
eines bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich,
(neubearb. v. Cosack), (zit. Gerber/
Cosack), 17. Aufl., Jena 1895
- v. GIERKE, Otto Das deutsche Genossenschaftsrecht,
2. Bd., Geschichte des deutschen
Körperschaftsbegriffs,
Berlin 1873 (zit. Gierke, Genossen-
schaftsrecht)
- Der Entwurf eines bürgerlichen Ge-
setzbuches und das deutsche Recht,
2. Aufl., Leipzig 1889 (zit.
Gierke, Entwurf)
- Deutsches Privatrecht,
2. Bd., Sachenrecht
Leipzig 1905
- GIESEKE, Paul Leitungen auf fremden Grundstücken,
Festschrift Hedemann, S. 95 ff.,
Berlin 1958
- GLASER, Hugo Das Nachbarrecht in der Recht-
sprechung,
Herne/Berlin 1967

- GLASER, Hugo/DRÖSCHEL, Wilhelm Das Nachbarrecht in der Praxis, 2. Aufl., Köln 1966
- GLÜCK, Christian Friedrich Ausführliche Erläuterung der Pandecten, 9. Bd., Erlangen 1808
- GMÜR, Hans Die Einräumung von Notwegrechten im Kanton St. Gallen, ZBL 16 (1915) S. 173 ff.
- GMÜR, Rudolf Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965
- GOLDMANN, E./LILIENTHAL, L. Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd., Sachenrecht, Berlin 1912
- GRADL, Josef Das Grundbuchrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Diss. Erlangen 1912
- GRIMM, Jacob Weisthümer, 1. Teil, Göttingen 1840
- GUHL, Theo Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Festgabe Eugen Huber, S. 55 ff., Bern 1919
- Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichts, S. 93 ff., Bern 1924 (zit. Festgabe Bundesgericht)
- Die Ersitzung von Grundeigentum und Grunddienstbarkeiten nach dem ZGB, ZBJV 65 (1929) S. 241 ff.
- GULDNER, Max Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Zürich 1958
- GUTJAHR, Georg Die Eintragungsfähigkeit der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen in das Grundbuch, Diss. Heidelberg 1904
- HAAB, Robert Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Züricher Kommentar) 4. Bd., Das Sachenrecht (Art. 641 - 725), 2. Aufl., Zürich 1929 ff.

- HALLBAUER, Max
Grundstücksrecht,
Leipzig 1905
- HANSENNE, Jacques
Droit de passage en cas d'enclave,
Nature et conséquences,
Annales de la Faculté de droit
de Liège, 1963 S. 387 ff.
- HECK, Philipp
Grundriß des Sachenrechts,
Tübingen 1930
- HEDEMANN, Justus Wilhelm
Die Fortschritte des Zivil-
rechts im XIX. Jahrhundert,
2. Teil: Die Entwicklung des
Bodenrechts von der französischen
Revolution bis zur Gegenwart
1. Hälfte : Das materielle Boden-
recht, Berlin 1930
2. Hälfte: Die Entwicklung des
formellen Bodenrechts, Berlin
1935
- HEINSHEIMER, Karl
Die Zivilgesetze der Gegenwart,
1. Bd., Frankreich Code Civil,
Mannheim/Berlin/Leipzig 1932
- HENRIOT, Guy-Claude/ROSSILION,
Pierre
Les servitudes de droit privé
et de droit public,
Paris 1966
- HESSE, Christian August
Die Rechtsverhältnisse zwischen
Grundstücksnachbarn (Nachbar-
recht),
2. Aufl., Jena 1880
- HEURTERRE, P.
Les actions possessoires ayant
pour objet des servitudes légales
ou conventionnelles de passage,
Revue critique de jurisprudence
belge 1965, S. 313 ff.
- HILLMER, Theodor
Der Notweg nach römischem Recht
und seine Weiterentwicklung im
gemeinen Recht und dem Bürger-
lichen Gesetzbuch,
Diss. Erlangen 1904
- HOMBERGER, Arthur
Kommentar zum schweizerischen
Zivilgesetzbuch (Züricher
Kommentar)
4. Bd., Das Sachenrecht, 3. Abt.
Besitz und Grundbuch (Art. 919-
977)
2. Aufl., Zürich 1938

HUBER, Eugen

System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts,
Bd. 3,4 , Basel 1889/1893

Die Rechte des Grundeigentümers,
Zehn Vorträge über ausgewählte
Gebiete des Neuen Rechts,
S. 214 ff., Bern 1911 (zit.
Huber, Vorträge)

Dingliche Rechte im schweizerischen Privatrecht,
Zum schweizerischen Sachenrecht.
3 Vorträge mit Anmerkungen, S. 33 ff.
Bern 1914 (zit. Huber, Sachenrecht)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
Erläuterungen zum Vorentwurf des
Eidgenössischen Justiz- und
Polizeidepartements,
2. Bd., Sachenrecht und Text des
Vorentwurfes vom 15.11.1900,
2. Ausgabe, Bern 1914

HUC, Théophile

Commentaire théorique et pratique
du Code civil,
4. Bd., Art. 516-710, Paris 1893

JENNY, Franz

Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen
Zivilgesetzbuch,
Bern 1926

v. IHERING, Rudolf

Zur Lehre von den Beschränkungen
des Grundeigentümers im Interesse
der Nachbarn,
IherJb. 6 (1863) S. 81 ff.

Der Zweck im Recht,
1. Bd., Leipzig 1877 (zit.
Ihering, Zweck)

JOSSERAND, Louis

Cours de droit civil,
1. Bd., 2. Aufl., Paris 1932

Comment les textes de loi
changent de valeur au gré des
phénomènes économiques,
Etudes de droit civil à la
mémoire de Henri Capitant,
S. 369 ff.
Paris 1939

JOST, Arthur

Die Realobligation als Rechtsinstitut,
Bern 1956

- DE JUGLART, Michel Obligations réelles et
servitudes en droit privé
français,
Thèse Bordeaux 1936
- JULIEN Status de Provence,
Bd. 1, 2, Aix 1778
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, Léon Précis de droit civil,
2. Bd., 4. Aufl., Paris 1966
- KADEN, Erich-Hans Der Eigentumsbegriff in rechts-
vergleichender Betrachtung,
ZfRV 2 (1961) S. 193 ff.
- KARDING Beiträge zur Lehre vom Notweg,
AcP 99 (1906) S. 407 ff.
- KASER, Max Der römische Eigentumsbegriff,
Deutsche Landesreferate zum
VI. internationalen Kongreß
für Rechtsvergleichung in
Hamburg 1962, S. 19 ff.,
Berlin/Tübingen 1962 (zit.
Kaser, Eigentumsbegriff)

Römisches Privatrecht,
6. Aufl., München 1968
- KEETMANN, Ernst "Notweg". Rechtsvergleichendes
Handwörterbuch, Bd. 5, S. 448 ff.,
Berlin 1936
- KLEINDIENST, Bernhard Der privatrechtliche Immissions-
schutz nach § 906 BGB,
Tübingen 1964
- KOCH, C.F. Nothwendige Servitut,
Schlesisches Archiv für die
practische Rechtswissenschaft,
Breslau 4 (1841) S. 200 ff.
- KOHLER, Josef Beiträge zum Servitutenrecht,
AcP 87 (1897) S. 157 ff.

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd., 2. Teil Sachenrecht,
Berlin 1919
- KORNPROBST, Michel La notion de servitude en droit
privé,
Paris 1937
- KRAFT Das Notwegrecht,
Rheinische Zeitschrift für Zivil-
und Prozeßrecht, 1910, S. 341 ff.
- KRAPP, Hans Das Notwegrecht,
Diss. Heidelberg 1913

- KRETZSCHMAR
Das Eigentum an Grundstücken,
Sächsisches Archiv für Bürger-
liches Recht und Prozeß,
12 (1902) S. 385 ff.
- KULENKAMPFF, Eduard
Notwegrecht und Besitzschutz
nach dem bürgerlichen Gesetz-
buch,
Diss. jur. Leipzig 1911
- KUMMER, Max
Die Klage auf Verurteilung zur
Abgabe einer Willenserklärung,
ZSR 73 (1954) S. 163 ff.
- KÜRZEL, Otto
Die Verpflichtung des Nachbarn
zur Duldung eines Notweges auf
seinem Grundstück,
ZMR 1964, S. 356 f.
- LABORDE-LACOSTE, Marcel
Exposé méthodique de droit civil,
1. Bd., 5. Aufl., Paris 1949
- LACOMBE, Joseph
Etude sur la servitude légale
de passage pour enclave,
Thèse Grenoble 1898
- LAFAGE, Y.
La servitude de passage pour
cause d'enclave devant le
Tribunal d'instance, Gaz. Pal.
1960 II Doctrine S. 18 ff.
- LALAURE
Traité des servitudes réelles,
Paris 1761
- LANDREAU, Denis
L'enclave,
J.C.P. 1963 I 1784
- LANDSBERG, Paul
Das Recht des bürgerlichen
Gesetzbuches,
2. Hälfte, Drittes bis fünftes
Buch, Berlin 1904
- LAURENT, François
Principes de droit civil,
8. Bd., 3. Aufl., Brüssel/Paris
1878
- LEEMANN, Hans
Kommentar zum schweizerischen
Zivilgesetzbuch (Berner Kommen-
tar),
4. Bd., Das Sachenrecht
1. Abteil. (Art. 641-729),
2. Aufl., Bern 1920
2. Abteil. (Art. 730-918)
Bern 1925
- LE GENTIL, C.
L'art. 682 du Code Napoléon
n'est-il exclusivement applicable
aux besoins de l'agriculture?
Revue pratique de droit
français 1861, S. 113 ff.

- LEHMANN, Heinrich Otto Das Bürgerliche Recht,
2. Bd. Sachenrecht, Familien-
recht, Erbrecht,
Marburg 1898
- LELOUP, Jean Marie Servitudes et urbanisme,
L'immeuble urbain à usage
d'habitation, S. 141 ff.,
Paris 1963
- LENT, Friedrich/SCHWAB, Karl Heinz Sachenrecht,
10. Aufl., München/Berlin 1964
- LENZ, Friedrich Der Rechtsbesitz außerhalb
des Bürgerlichen Gesetzbuches,
Archiv für Bürgerliches Recht,
33 (1909), S. 345 ff.
- LEUCH, Georg Die Zivilprozeßordnung für
den Kanton Bern,
3. Aufl., Bern 1956
- LIVER, Peter Kommentar zum schweizerischen
Zivilgesetzbuch (Zürcher
Kommentar),
4. Bd. Das Sachenrecht,
2. Abteil. Die Grunddienst-
barkeiten (Art. 730-744), 2. Aufl.,
Zürich 1951 - 1968
- Gesetzliche Eigentumsbeschrän-
kungen und Dienstbarkeiten in
der Gesetzgebung und Lehre
Frankreichs, Deutschlands,
der Schweiz und Italiens,
Ius et lex. Festgabe zum 70.
Geburtstag von Max Gutzwiller,
S. 749 ff., Basel 1959 (zit.
Liver, Festschrift Gutzwiller)
- Die Realobligation,
ZBGR 43 (1962) S. 257 ff.
- Die Aufhebung und Ablösung von
Servituten im schweizerischen
Recht (Art. 736 ZGB),
Studi in onere di Emilio Betti,
5. Bd., S. 277 ff., Mailand
1962 (zit. Liver, Festschrift
Betti)
- Die Servitut in der Eigentums-
ordnung und Eigentumslehre
der deutschen, französischen
und italienischen Rechtsge-
schichte,
ZSR 85 (1966) S. 297 ff.

- LOCHER, Eugen Die Neugestaltung des Liegen-
schaftsrechts,
Berlin/Leipzig/Wien 1942
- LOCRE, J.G. Procès-Verbaux du Conseil d'Etat
contenant la discussion du
projet de Code civil,.
Bd. 4,8
- LOEB, Ernst Th. Das Recht auf den Notweg nach
dem bürgerlichen Gesetzbuche und
seine Unterschiede vom gemeinen
Recht,
Diss. Heidelberg 1904
- LOYSEL Institutes coutumières avec
des notes d'Eusébe de Laurière,
Neue Auflage von Dupin und
Laboulaye, 1. Bd., Paris 1846
- MANSER, Gallus M. Angewandtes Naturrecht,
Freiburg 1947
- MARCADE Explication théorique et
pratique du Code civil,
2. Bd., Art. 312-710, 8. Aufl.,
Paris 1886
- MARTY, Gabriel/RAYNAUD, Pierre Droit civil,
2. Bd., 2. Teil, Les Biens,
Paris 1965
- MAURACH, Johannes Das Notwegrecht,
Diss. Rostock 1905
- MAZEAUD, Henri et Léon/
MAZEAUD, Jean Leçons de droit civil,
2. Bd., Obligations, Biens.
3. Aufl., Paris 1966
- MEIER-HAYOZ, Arthur Kommentar zum schweizerischen
Zivilgesetzbuch (Berner Kommen-
tar), Bd. 4: Das Sachenrecht
1. Abt. Das Eigentum, 1. Teilb.
(Syst. Teil, Art. 641 - 654), 4.
Aufl., Bern 1966
2. Teilb. (Art. 655-679), 3. Aufl.,
Bern 1961/1963
3. Teilb., 1. Lieferung (Art. 680-
683), 3. Aufl., Bern 1967
- MEIJERS, Eduard Atteintes à la propriété foncière
Festschrift für Rabel, 1. Bd. S.
421 ff., Tübingen 1954
- MEIKEL, Georg/IMHOF, Wilhelm/
RIEDEL, Hermann Grundbuchrecht,
Bd. 1, 2, 5. Aufl., Berlin 1957/
1958.

- MEISNER, Christian/STERN, Heinrich/
HODES, Fritz Nachbarrecht im Bundesge-
biet (ohne Bayern),
4. Aufl., Berlin 1964
- MENGIARDI, Peider Der Ausschluss der Verjährung
im Sachenrecht,
Diss. Bern 1953
- MENZEL Das Recht des Notweges,
Wiener Juristische Blätter
25 (1896) S. 217 ff.
- MERLIN Répertoire universel et
raisonné de jurisprudence,
Bd. 12,14, 4. Aufl., Paris 1815
- MITTEIS, Heinrich/LIEBERICH, Heinz Deutsches Privatrecht,
5. Aufl., München/Berlin 1968
- MONICH Der Umfang des Gegenstandes
des Grundeigentums und die
befugte Einwirkung nach dem
BGB, Jher.Jb 38 (1898), S.155 ff.
- MOREL, René Le contrat imposé,
Mélanges Georges Ripert,
2. Bd., S. 116 ff., Paris 1950
- MOSER, Karl Das st. gallische Nachbarrecht,
Diss. Bern 1898
- MOSSA, Lorenzo Die Kodifizierung des Privat-
und Prozeßrechts in Italien
1939 - 1948,
AcP 150 (1949) S. 315 ff.
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürger-
lichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich,
3. Bd., Sachenrecht, Berlin
1888
- MOURLON, Fréd. Répétitions écrites sur le
premier examen du Code
Napoléon,
1. Bd., 7. Aufl., Paris 1866
- MÜLLER, W. Deutsches Bau- und Nachbar-
recht,
2. Aufl., Berlin 1903
- MÜLLER ERZBACH, Rudolf Zwei Beiträge zur Interessen-
jurisprudenz,
Jher.Jb. 73 (1923) S. 135 ff.

- MÜNTER Von den Servituten nach dem reinen Sinn der Römischen und Napoleonischen Gesetzgebung, Zweiter Teil, Hannover 1810
- NAENDRUP, Hubert Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten, Paderborn 1900
- NEUENSCHWANDER, Urs Die Leistungspflichten der Grundeigentümer im französischen Code Civil und im schweizerischen ZGB unter besonderer Berücksichtigung des Nachbarrechts, Diss. Bern 1966.
- OBERNECK, Hermann Das Reichsgrundbuchrecht, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1909
- OLIVIER-MARTIN, Fr. La Coutume de Paris, Paris 1925
Histoire du droit français des origines à la Révolution, Montchrestien 1951
- PALANDT, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, (bearb. v. Danckelmann u.a.) 28. Aufl., München 1969 (zit. Palandt/(Bearbeiter))
- PARDESSUS, J.M. Traité des servitudes ou services fonciers, 9. Aufl., Paris 1839
- PETER, Hans Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert Diss. Zürich 1949
- PFISTER, Heinrich Der Inhalt der Dienstbarkeiten, ZSR 52 (1933) S. 325 ff.
- PITTET, Michel Les servitudes légales, Thèse Lausanne 1967
- PLANCK, Gottlieb Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd. Sachenrecht, 1. Hälfte §§ 854 - 1112 (bearb. v. Brodmann u. Strecker) 5. Aufl., Berlin/Leipzig 1933
- PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges Traité pratique de droit civil français, 3. Bd., Les Biens (bearb. v. Picard) 2. Aufl., Paris 1952
- PREUSS Erwerb des Notweges durch Ersetzung, PucheltzZ 33 (1903) S. 627 ff.

PROTOKOLLE	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürger- lichen Gesetzbuches, 3. Bd., Sachenrecht, Berlin 1899
REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. 3, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
RIEZLER, Erwin	Der Entwurf eines italienischen Sachenrechts, RabelsZ 12 (1939) S. 1ff.
RIPERT, Georges	De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Thèse Aix 1902
RIPERT, Georges/BOULANGER, Jean	Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, 2. Bd. Obligations. Droits réels, Paris 1957
ROBICHON, André	Les rapports de voisinage dans le Code civil suisse et la législation cantonale romande, Diss. Fribourg 1914
ROETTGEN, Otto	Kann und muß das Notwegrecht in das Grundbuch eingetragen werden? Zwei grundbuchrechtliche Fragen, S. 28 ff., Leipzig 1914
ROLLAND, Daniel	Les conflits de lois dans le temps en matière de servitudes légales d'intérêt privé, Thèse Lyon 1936
ROSENTHAL, Heinrich/BOHNENBERG/ Heinrich	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/ München 1965
ROSSEL, Virgile/MENTHA, Fritz- Henri	Manuel du droit civil suisse, Bd. 2, 3; 2. Aufl., Lausanne/Genf 1922
ROTH, Paul	System des Deutschen Privatrechts, Dritter Theil, Sachenrecht, Tübingen 1886
RÜDENBERG, Paul	Das Notwegrecht, Diss. Bonn 1905

- SAVATIER, René Etablissement d'une servitude de passage.
Le régime juridique des servitudes de passage, Répertoire général pratique de Notariat et de l'Enregistrement 1933, S. 657 ff., 769 ff. (zit. Savatier, Rép. not.)
- V. SAVIGNY, Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts,
5. Bd., Berlin 1841
- SCHATZMANN, Alfred Hans Eintragungsfähigkeit der dinglichen Rechte und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Diss. Bern 1939
- SCHÖNEMANN, Oscar Die Servituten,
Leipzig 1866
- SCHÖNNER, Wolfgang Der Notweg im deutschen und ausländischen Recht,
Diss. Heidelberg 1913
- SCHULTE, Hans Privatrechtliche Aufopferung und Enteignung,
Diss. Münster 1964
Nachbarrecht und öffentliches Interesse,
Münster 1968 (zit. Nachbarrecht)
- SCHWEMIN, Joseph Über den Notweg,
Diss. Greifswald 1906
- SENG, Alfred Grundzüge des französischen Civilrechts und des badischen Landrechts,
Halle 1904
- SINTENIS, Karl Friedrich Ferdinand Das practische gemeine Civilrecht, 1. Bd. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht,
Leipzig 1844
- SOERGEL, Hs. Th./SIEBERT, W. Bürgerliches Gesetzbuch,
4. Bd. Sachenrecht, 10. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968 (zit. Soergel/Siebert/ (Bearbeiter))
- SOHM, Rudolph Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., bearb. v. Leopold Wenger, Berlin 1949
- SOLON Traité des servitudes réelles,
Paris 1837

- SONNENFELD, Kurt Das Recht auf den Notweg,
Diss. Breslau 1908
- STALDER, Hans Das Notwegrecht des Art.694
ZGB im Kanton Luzern,
ZBl 32 (1931) S. 1 ff.
- V. STAUDINGER, J. Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
3. Bd. Sachenrecht, 1. Teil.
§§ 854 - 1017, 10. Aufl. (bearb.
v. Kober) München/Berlin 1935
11. Aufl. (bearb. v. Berg u. a.)
Berlin 1956
2. Teil §§ 1018-1296
11. Aufl. (bearb. v. Dittmann
u. a.) Berlin 1963 (zit.
Staudinger/ (Bearbeiter))
- STOBBE, Otto/LEHMANN, H. O. Handbuch des Deutschen Privat-
rechts,
2. Bd., 2. Halbb., 3. Aufl.,
Berlin 1897
- SUNGURBEY, Ismet L'effet de l'annotation des
droits personnels au registre
foncier,
ZSR 85 (1966), S. 113 ff.
- SÜSSHEIM, Max Blätter für administrative
Praxis,
1902 S. 294 ff., 354 ff.
- TAULIER Théorie raisonnée du Code
civil,
2. Bd., Grenoble 1841
- TOBLER, Emil Thomas Die dinglichen Rechte des
Zivilgesetzbuches am Bei-
spiel der Leitungen,
Diss. Bern 1951
- TOULLIER, Charles Le droit civil français
suivant l'ordre du Code,
3. Bd., 5. Aufl., Paris 1830
- TRIBOU, François De l'enclave. Art. 682-685 du
Code civil,
Thèse, Paris 1902
- V. TUHR, Andreas Allgemeiner Teil des
schweizerischen Obligationen-
rechts, Halbb. 1, 2; 2. Aufl.,
hrsg. v. Siegwart, Zürich
1942/1944

- TUOR, Peter Das schweizerische Zivilgesetzbuch,
8. Aufl., bearb. v. Schneider und
hrsg. v. Jäggi, Zürich 1968
- TURNAU, Wilhelm/FÖRSTER, K. Das Liegenschaftsrecht nach den
deutschen Reichsgesetzen und den
preussischen Ausführungsbe-
stimmungen, 1. Bd. Das Sachenrecht
des Bürgerlichen Gesetzbuches,
2. Aufl., Paderborn 1902
- V. VANGEROW, Karl Adolf Lehrbuch der Pandekten,
1. Bd., 1. Abt., 6. Aufl., Marburg
1851
- VAZEILLE, F. A., Traité des prescriptions suivant
les nouveaux codes français,
1. Bd., Paris 1832
- VIATTE "Servitudes"
Traité général du notariat Paris
- VIGNERON "Servitudes légales.-Art. 682-685."
Juris Classeur-Droit civil,
Paris 1957
- VILLETTE, Claude Henri La nature juridique de la
servitude dite "de cours communes",
Thèse Paris 1965
- VINDING KRUSE, Fr. Das Eigentumsrecht,
2. Bd., Berlin/Leipzig 1935
- DE VISSCHER, Fernand Le droit d'accès aux tombeaux,
Eranion in Honorem Georgii
Maridakis Bd. 1, S. 267 ff.,
Athen 1963
- WALDIS, Aloys Das Nachbarrecht unter Berück-
sichtigung der kantonalen und
bundesgerichtlichen Praxis,
2. Aufl., Luzern 1923,
4. Aufl. Zürich 1953
- WARNKOENIG, L. A. u. Th. A. Französische Staats- und Rechts-
geschichte,
2. Bd., Geschichte der Rechts-
quellen und des Privatrechts,
2. Ausgabe, Basel 1875
- WENDT, Otto Lehrbuch der Pandekten,
Jena 1888
- WESTERMANN, Harry Welche gesetzlichen Maßnahmen zur
Luftreinhaltung und zur Ver-
besserung des Nachbarrechts sind
erforderlich?
Köln/Opladen 1958

- Sachenrecht,
5. Aufl., Karlsruhe 1966
- WIEACKER, Franz
Wandlungen der Eigentumsverfassung,
Hamburg 1935 (zit. Wieacker, Wandlungen).
Bodenrecht,
Hamburg 1938 (zit. Wieacker, Bodenrecht)
Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,
2. Aufl., Göttingen 1967
- WIELAND, Carl
Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar)
4. Bd., Das Sachenrecht, Zürich 1909
- WINDSCHEID, Bernhard
Lehrbuch des Pandektenrechts,
1. Bd., 7. Aufl., Frankfurt 1891
- WOLFF, Martin
Der Bau auf fremdem Boden insbesondere der Grenzüberbau,
Jena 1900
- YOCAS, C.
Les troubles de voisinage,
Thèse Paris 1964
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL
Handbuch des französischen Zivilrechts,
1. Bd., 8. Aufl., bearb. v. Crome, Freiburg 1894 (zit. Zachariae/Crome)
- ZITELMANN, Ernst
Internationales Privatrecht,
2. Bd., München/Leipzig 1912
- ZÜRCHER, Richard
Die Wegerechte des schweizerischen Privatrechts,
Aarau 1947

A b k ü r z u n g e n

=====

a.A.	anderer Auffassung
abgedr.	abgedruckt
AcP	Archiv für civilistische Praxis
aF	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AppH	Appellationshof
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
Basler jur. Mitt.	Basler juristische Mitteilungen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BB	Betriebsberater
BBauBl.	Bundesbaublatt
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts
BlZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen
Büll. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière civile
BZP	Bundesgesetz über den Zivilprozeß
Cass. civ.	Cour de Cassation, matière civile
Cass. crim.	Cour de Cassation, matière criminelle
Cass. req.	Cour de Cassation, chambre de requêtes
CC	Code civil
D.	Recueil de jurisprudence de Dalloz
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung

Doctr.	Doctrine
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einltg.	Einleitung
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GbVO	Grundbuchverordnung
idF	in der Fassung
J.	Jurisprudence
J.C.P.	Jurisclassseur périodique (Semaine juridique)
J.O.	Journal officiel
JT	Journal de Tribunaux (Schweiz)
JW	Juristische Wochenschrift
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagwerk des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen, hrsg. von Linden- maier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MEVR	Monatsschrift für bernisches Ver- waltungsrecht und Notariatswesen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandes- gerichte auf dem Gebiet des Civil- rechts
OR	Obligationenrecht
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts
Pucheltz	Zeitschrift für Deutsches Bürger- liches Recht und Französisches Civilrecht (Pucheltz Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev.crit. lég.jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. trim.civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhA.	Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königlich Preussischen Rheinpro- vinzen
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Recueil général des lois et des arrêts (gegründet von Sirey)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Somm.	Sommaire
Syst. Teil	Systematischer Teil
Trib. civ.	Tribunal civil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Be- urkundungs- und Grundbuchrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristen- vereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

1. Kapitel

Zweck und Bedeutung des Notwegrechts

Die künstliche Aufteilung der Erdoberfläche in Grundstücke als selbständige rechtliche Einheiten hebt den natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang unter ihnen nicht auf. Eine ökonomisch sinnvolle Nutzung des einzelnen Grundstücks hat gewöhnlich zur Voraussetzung oder zur Folge, daß in irgendeiner Art und Weise auf die angrenzenden Liegenschaften eingewirkt wird. Dadurch kommt es zu einer Kollision mit den Interessen der Nachbarn an ungehinderter Ausübung ihres Eigentums. Die Lösung dieses Konfliktes ist Aufgabe des Nachbarrechts.

Eine der "notwendigen Kollisionsregelungen"¹⁾ ist das Notwegrecht (*droit de passage en cas d'enclave*). Es beinhaltet das Recht des Eigentümers eines vom öffentlichen Weg isolierten Grundstücks (Enklave), zum Zweck der Benutzung seiner Liegenschaft das (die) Nachbargrundstück (e) zu passieren, um zu einem öffentlichen Weg zu gelangen.

Der Nachbar, der grundsätzlich alle Handlungen verbieten kann, die sein Eigentum beeinträchtigen, ist verpflichtet, den in der Ausübung des Notwegrechts liegenden Eingriff in sein Eigentum zu dulden.

Das Gesetz bewertet zu Recht das Interesse des wegebedürftigen Eigentümers an der rationellen Benutzung seiner Liegenschaft höher als das des Nachbarn an ungeschmälerter Ausübung seiner Sachherrschaft.

Für eine Zulassung des Notweges spricht aber auch das Interesse der Allgemeinheit an der Erzielung einer möglichst hohen nationalen Gesamtproduktion.

Die Bedeutung des Notwegrechts hängt in großem Maße - wie vor allem die Betrachtung der historischen Rechtsordnungen zeigen wird - von der Ausdehnung des öffentlichen Straßen- und Wegenetzes ab. Je mehr die Verkehrsverhältnisse verbessert werden, desto weniger macht sich das Bedürfnis nach einer Inanspruchnahme fremden Grund und Bodens geltend. Ebenso fällt durch öffentlichrechtliche Maßnahmen zur Verbesserung der Bodenstruktur,

1) Schulte, Nachbarrecht, S. 12.

wie z.B. Umlegung, manche Enklave fort.

Dennoch wird es , wie immer wiederkehrende Gerichtsentscheidungen zeigen, dauernd Situationen geben, in denen der Eigentümer auf einen Notweg angewiesen ist. Gedacht ist weniger daran, daß eine Wegeverbindung durch Naturereignisse wie Hochwasser oder Erdbeben zerstört wird (absolute Zugangsnot), als an die Fälle, in denen infolge Änderung der Bewirtschaftung der bisherige Zugang des Grundstücks unzureichend wird (relative Zugangsnot). Auch schafft die Entwicklung der Technik die Zunahme der Motorisierung manches neue Wegebedürfnis. So wird z.B. ein Notweg verlangt, um mit dem Auto auf ein Grundstück zu gelangen, wenn ein Weg zwar vorhanden ist, er aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mit Kraftfahrzeugen befahren werden kann.

Daß das Notwegrecht auch heute noch in der Praxis seine Bedeutung hat, beweist nicht zuletzt auch die Tatsache, daß Frankreich 1967 in einem Gesetz über eine Neuorientierung der Raumordnung und Bodenpolitik das Anwendungsgebiet des Notwegrechts erweitert und auf die heutigen Bedürfnisse zugeschnitten hat¹⁾.

1) Gesetz 67-1253 (D'orientation foncière) vom 30.12.1967 J.O. 1968, S. 3 ff.

2. Kapitel

Geschichte des Notweges

A. Römisches Recht

Das römische Recht der klassischen Periode und der Zeit unter Justinian begriff das Eigentum als das umfassendste private Recht an einer Sache. Diese rechtliche Vollherrschaft, die durch die Begriffe Absolutheit und Ausschließlichkeit charakterisiert wurde¹⁾, war zwar nicht von vornherein beschränkt, vertrug aber Beschränkungen²⁾. Solche Schranken, die nach römischer Auffassung dem Begriff des Eigentums nicht immanent waren, sondern " von außen" kamen,³⁾ dienten dem öffentlichen oder privaten Interesse. Privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen - bisweilen auch als gesetzliche Grunddienstbarkeiten bezeichnet - waren u.a. in den Vorschriften über Immissionen, den Überhang und den Überfall enthalten⁴⁾.

Die Quellen erwähnen jedoch keinen Notweg in der Gestalt, wie ihn die Gesetzbücher der heutigen Zeit kennen: Zugang eines vom öffentlichen Wegenetz abgeschlossenen Grundstücks über die Nachbargrundstücke, um die Benutzung der isolierten Liegenschaft zu ermöglichen. In den Digesten wird lediglich ein spezieller Notweg erwähnt, der iter ad sepulchrum: " Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur. Imperator Antoninus cum patre rescripsit, iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat ..." ⁵⁾ Derjenige, der ein ius sepulchri an einer auf einem fremden Grundstück gelegenen Begräbnisstätte hatte, konnte von dem Grundstückseigentümer den freien Zugang zum Grabe beanspruchen.

1) Zur Ableitung dieser Begriffe aus dem Corpus iuris civilis, vgl. Hedemann, Bd. 2, 1. Halbb., S. 119 Fn. 41.

2) Kaser, Eigentumsbegriff, S. 19.

3) Sohm-Mitteis-Wenger, S. 282.

4) Weitere Eigentumsbeschränkungen bei Kaser, S. 91/92.

5) D. 11,7,12 pr.

Diese spezielle Zugangsnot entstand, wenn bei Veräußerung des Grundstücks der Veräußerer versäumt hatte, sich vertraglich ein Zutrittsrecht zur Begräbnisstätte vorzubehalten. Als locus religiosus stand diese in niemandes Eigentum, so daß der Erwerber kein Eigentum aber auch kein ius sepulchri an dem Grabe erlangen konnte. Das ius sepulchri verblieb bei dem bisher am Grundstück Berechtigten¹⁾.

Wenn die Zugangsnot eintrat, entstand jedoch nicht im gleichen Augenblick der "iter ad sepulchrum", so daß eine etwaige richterliche Entscheidung "nur" feststellend gewirkt hätte. Der Richter mußte das Wegerecht vielmehr erst in einem äußerlich die Züge eines Verwaltungsverfahrens tragenden Zivilprozeß konstituieren²⁾. Voraussetzung für die gegen ein iustum pretium erfolgende Zuspriechung des iter war allerdings der Nachweis eines erfolglosen Bemühens um eine Einigung mit dem Grundeigentümer über die gütliche Gewährung des Zutritts.

Wenn der iter ad sepulchrum konstituiert worden war, genoß er wie eine Dienstbarkeit Schutz durch die vindicatio servitutis³⁾. Gleichwohl ist es zweifelhaft, ob er als Dienstbarkeit angesehen werden konnte, denn er erlosch entgegen der Regel über die Verjährung von Servituten nicht durch Nichtgebrauch (nonusus)⁴⁾.

Zweifelhaft ist, ob dem römischen Recht neben diesem speziellen Fall des Notweges auch ein Notwegrecht in der Art, wie wir es heute kennen, bekannt war.

Eine Minderheit in der gemeinrechtlichen Literatur macht geltend, daß bei den damaligen Agrar- und Wegeverhältnissen gar kein Bedürfnis bestanden habe, ein allgemeines Notwegrecht anzuerkennen.⁵⁾ Wirtschaft und Handel stützten sich dank der hoch entwickelten Vermessungskunst auf ein planmäßig angelegtes und systematisch ausgebautes Netz von Wegen und Straßen. Öffentliche Landstraßen, kommunale Wege und gemeinschaftliche Privatwege sorgten für ausreichenden Zugang zu den Grundstücken. Hinzu kommt, daß die Eigen-

1) Ausführlich Buch, S. 10 ff.

2) Zu diesem Verfahren Buch, S. 14; Schönnher, S. 9; vgl. auch Visscher, S. 273 ff.; ferner Koch, S. 222 ff.

3) Ulipan, D. 8,5,1; Visscher, S. 276; Buch, S. 15.

4) D. 8,6,4: "iter ad sepulchrum non utendo numquam amittitur."; Visscher, S. 276, 267. Nach Schönnher, S. 10, ist der iter ad sepulchrum eine subjektiv und objektiv dingliche servitus itineris.

5) So besonders Le Gentil, S. 115; vgl. auch Windscheid, S. 496, Fn. 4; Dernburg Pandekten S. 625; Endemann, S. 483, Fn. 27.

tümer verpflichtet waren, die Grenzstreifen ihrer Grundstücke in gewisser Breite unbewirtschaftet zu lassen, so daß auch dadurch Zutritts- und Verbindungsmöglichkeiten erleichtert wurden¹⁾).

Die Mehrheit der Autoren schließt jedoch aus einer Äußerung des agrimensur Siculus Flaccus: "ad omnes autem agros semper iter liberum est.." ²⁾ sowie aus der Existenz anderer nachbarlicher Eigentumsbeschränkungen auf ein zur damaligen Zeit durch Gewohnheitsrecht anerkanntes allgemeines Notwegrecht. Da dieses gewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen sei, hätte es besonderer Vorschriften darüber nicht bedurft³⁾. Die kontroverse Frage braucht nicht weiter erörtert zu werden. Sie wurde nur angeschnitten, um den Bezugspunkt für die Erörterung des Notwegrechts im gemeinen Recht darzustellen.

B. Mittelalterliches deutsches Recht

Während das römische Recht die Freiheit und Absolutheit des Grundeigentums betonte, finden wir im mittelalterlichen deutschen Recht ein Grundeigentum, das durch Pflichten mannigfaltiger Art gegenüber der Allgemeinheit, der Familiengemeinschaft und den Nachbarn geprägt war. Die ländlichen Verhältnisse, namentlich die Dreifelderwirtschaft, die Zerstückelung und die Gemengelage der Grundstücke erheischten ein gewisses Maß an gegenseitiger Aushilfe und Rücksichtnahme.

Diese Erfordernisse führten zu zahlreichen gewohnheitsrechtlich anerkannten Eigentumsbeschränkungen⁴⁾. So kannte das mittelalterliche deutsche Recht z.B. die Pflicht, bei Bauten und Pflanzen gewisse Grenzabstände einzuhalten, unerhebliche Immissionen zu dulden, sowie das Fenster- oder Lichtrecht⁵⁾.

1) Le Gentil, S. 118; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; vgl. auch Tribou, S. 11.

2) Zitiert bei Buch, S. 19/20.

3) Die bei Hillmer, S. 4 ff. zitierten Autoren; vgl. auch Kaser, S. 91. Für Elvers, S. 74 ff. ergibt sich das Notwegrecht aus einer ratio naturalis des römischen Rechts.

4) Dadurch erklärt sich, daß im mittelalterlichen deutschen Recht selten Anlaß zur Bestellung von Servituten bestand; Bluntschli, S. 420, 421; Naendrup, S. 15/16; vgl. auch Mitteis/Lieberich, S. 90.

5) Weitere Beispiele bei Gierke, S. 417 ff.

Große Bedeutung kam vor allen Dingen den Wegerechten zu, die gewöhnlich als Zugangs-, Durchgangs- oder Überfahrtsrechte in Erscheinung traten. Da die Felder gemeinschaftlich und jeweils in der gleichen Art bewirtschaftet wurden, und es noch kein ausreichendes Wegenetz gab, waren die Gemeindegossen gehalten, auf der Basis der Gegenseitigkeit den Durchgang oder die Überfahrt über ihre Grundstücke zu dulden¹⁾. Meistens wurden diese Berechtigungen nur zu bestimmten Jahreszeiten aktuell, so zur Zeit der Bestellung der Felder und der Einbringung der Ernte. Oder sie dienten speziellen Zwecken, z.B. den Zugang zu einem Brunnen zu ermöglichen. Es gab aber auch Vorschriften, die sich in allgemeiner Weise über Wegelasten äußerten. So bestimmte die von Grimm mitgeteilte und häufig in der Nachbarrechtsliteratur zitierte Öffnung von Flaach: "Item es sol ie ein vorder gut dem hinder wäg vnnd stäg geben, das einer mit dem sinen dar vnnd dannen komen mug zu zimlichen ziten."²⁾

Von einem Notwegrecht im heutigen Sinne konnte bei den Wegerechten im damaligen Stadium der mittelalterlichen Agrarwirtschaft noch keine Rede sein³⁾. Sie waren nicht Ausdruck gegenüber einem freien und unbeschränkten Eigentum des Nachbarn nur ausnahmsweise gewährter Rechte in Gestalt von Servituten, sondern übliche Modifikationen des Grundeigentums kraft objektiven Rechts. Die Wegelasten schufen auch nicht unter den Beteiligten ein Verhältnis, in dem, wie beim Notwegrecht, auf der einen Seite das Recht und auf der anderen Seite die Pflicht steht. Auf der Grundlage der Gebundenheit des Grundeigentums in der Markgenossenschaft war bei ihnen vielmehr das Verhältnis der gegenseitigen Berechtigung und Belastung das bestimmende Element⁴⁾. Diese Auffassung wird durch Aufzeichnungen bestätigt, nach denen an das Begehen oder Befahren des Landes des Nachbarn idR. keine Entschädigungspflicht geknüpft wurde⁵⁾.

1) Gierke, Genossenschaftsrecht, S. 217/218.

2) Grimm, S. 94.

3) Naendrup, S. 28; Buch, S. 32; Pittet, S. 29; ebenso Moser, S. 50 ff. für das Gebiet St. Gallens, und Caroni, § 2 I.

4) Naendrup, S. 25 ff. 28; Sonnenfeld, S. 12.

5) Beseler, S. 354; Liver, Gutzwiller, S. 761; vgl. jedoch Gierke, S. 437; Menzel, S. 243 Fn. 48.

Anders stellten sich jedoch die Verhältnisse bei den außerhalb der genossenschaftlichen Siedlung liegenden Einzelhöfen dar. Diese Höfe waren zumeist mit ausgedehnten und untereinander zusammenhängenden Ländereien umgeben. Allgemeine Zugangs- und Überfahrtsrechte waren deshalb nicht erforderlich. Ergab sich aber dennoch ein Fall von Wegenot, war der Hofeigentümer nicht ohne weiteres berechtigt, fremdes Land zu betreten, wie dies die Markgenossen tun konnten. Vielmehr mußte, wenn eine gütliche Einigung über einen Weg nicht zustande kam, erst durch die Gemeinde ein entsprechendes Wegerecht geschaffen werden.

Bei diesem einseitigen Zugangsrecht kann zu Recht von einem Notweg gesprochen werden¹⁾.

Die Situation in der Markgenossenschaft änderte sich erst mit dem allmählichen Fortfall des Flurzwanges, dem Abklingen genossenschaftlicher Bindungen und dem mit beiden Erscheinungen Hand in Hand gehenden Ausbau eines mehr oder weniger ausreichenden Wegesystems. Öffentliche und private Wege sorgten nun für den notwendigen Zugang zu den Ländereien²⁾. Die gewöhnlichen Zugangs- und Überfahrtsrechte wurden deshalb entbehrlich. Die Nachbarn brauchten einander nicht mehr Weg und Steg zu geben.

Erst jetzt, nach dem Ausbau von Wegeanlagen, konnten - parallel zur Situation beim Einzelhof - in einzelnen Fällen Wegenotprobleme auftauchen. Für die vom Wegenetz abgeschlossenen Eigentümer verstand es sich nämlich nicht mehr von selbst, fremdes Land in Anspruch zu nehmen, um den erforderlichen Zugang zu einem Weg herzustellen. Das Grundeigentum des Nachbarn war nicht mehr in der Weise beschränkt, daß der Nachbar das Betreten seines Grundstücks mit Eintritt der Wegenot dulden mußte. Wenn er nicht freiwillig das Begehen oder Überfahren seines Landes gestattete, mußte der wegenotleidende Eigentümer die Gemeindeorgane anrufen mit dem Ziel, dem Nachbarn eine Wegelast aufzuerlegen. Erst wenn das entsprechende Wegerecht konstituiert war³⁾, konnte der Eigentümer das Nachbargrundstück betreten.

1) Naendrup, S. 28.

2) Die Rechtsaufzeichnungen nennen in diesem Zusammenhang auch Wege mit besonderer Funktion: Reist-, Tränke-, Holzweg u.a., vgl. die Nachweise bei Buch, S. 33/34.

3) Bei der Schaffung des erforderlichen Weges mußte darauf geachtet werden, daß der Nachbar so weit wie möglich geschont wurde. So sprechen die Quellen vom "nächsten", vom "unschädlichen" Weg oder auch vom "allermindesten Schaden". Nachweise bei Buch, S. 40.

Aus der Entwicklung der mittelalterlichen Agrarwirtschaft ist deutlich abzulesen, daß das durch konstitutiven Einzelakt geschaffene Wegerecht wenig Gemeinsamkeit mit den auf der Basis der Gegenseitigkeit beruhenden Zugangs- und Überfahrtsrechten hatte. Es unterschied sich von diesen nicht nur nach der Art der Begründung, sondern auch im Hinblick auf seine Voraussetzungen und Funktion.

C. Ancien Droit

Das Grundeigentum unter der Geltung der coutumes, der wichtigsten Rechtsquelle des "Ancien Droit"¹⁾, unterschied sich vom römisch-rechtlichen Eigentum dadurch, daß eine Fülle von Lasten und Dienstbarkeiten, namentlich im Verhältnis der Nachbarn untereinander, auf ihm ruhte. Diese Einengungen des Eigentums kennzeichneten wie im mittelalterlichen deutschen Recht seinen normalen Inhalt.

Mit dem 16. Jahrhundert setzte jedoch die Tendenz ein, in Besinnung auf die römischrechtliche Konzeption mehr und mehr den individualistischen Charakter des Eigentums herauszustellen. Seinen Höhepunkt erreichte dieses Bestreben in der französischen Revolution mit der Beseitigung der auf dem Eigentum ruhenden Feudallasten und der Rückkehr zur römischrechtlichen Vorstellung von Eigentum als einem absoluten und unbeschränkten Recht²⁾.

1) Unter "Ancien Droit" wird das französische Recht von seinen Anfängen bis zur Revolution von 1789 verstanden (Warnkoenig, S. 3 ff.).

Es war zunächst Gewohnheitsrecht (coutumes). Seit dem 12. Jahrhundert verbreitete sich in Frankreich - in unterschiedlicher Weise - das römische Recht. Im Süden des Landes trat es neben das Gewohnheitsrecht (pays du droit écrit). Im Norden blieben die coutumes herrschend; das römische Recht kam nur nachrangig zur Anwendung (pays du droit coutumier; über den Verlauf der Grenze zwischen beiden Gebieten vgl. Olivier-Martin, Histoire, S. 111/112, 427/428).

Bald machte sich jedoch das Bedürfnis nach einer festeren Ordnung geltend, und man begann auf Anordnung Karls VII (1453), die coutumes (générales und locales) zu sammeln und offiziell zu redigieren (zum Zweck und Verfahren bei der Redaktion vgl. Filhol, S. 63 ff. (66)). Die offizielle Sammlung, die im 16. Jahrhundert fertiggestellt wurde, umfaßt 60 coutumes générales und 300 coutumes locales (ausführliche Zusammenstellung der coutumes bei Warnkoenig, S. 89 ff.). Bei der Aufzeichnung und Revision der coutumes (vgl. als Beispiel

Die coutumes enthielten eine Vielzahl idR. als Dienstbarkeiten konstruierter nachbarlicher Beschränkungen des Grundeigentums¹⁾. Der Notweg wurde teils sehr ausführlich, teils überhaupt nicht geregelt. Meistens erwähnten ihn die coutumes im Zusammenhang mit der Ersitzung von Servituten.

Der im Notwegrecht liegende Eingriff in das nachbarliche Grundeigentum fand seine Rechtfertigung mehr in dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst intensiven Bodennutzung als in dem Interesse des Einzelnen an einer rationellen Ausnutzung seiner Liegenschaft. Die Einkünfte aus der "culture de la terre" waren die wichtigste Lebensgrundlage der Bevölkerung. Welche eminente Bedeutung der Bodenbewirtschaftung beigemessen wurde, erhellt der oftmals zitierte Ausspruch von Domat: "il est de droit naturel qu'un héritage ne demeure pas inutile."²⁾

Alle coutumes, die den notwendigen Zugang zu einem vom öffentlichen Weg abgeschlossenen Grundstück regelten, gestatteten ihn nur zum Zweck der landwirtschaftlichen Nutzung des betreffenden Grundstücks, nicht aber zu gewerblichen Zwecken³⁾.

Weiterhin wurde der Notweg nur gewährt, wenn das Grundstück völlig isoliert lag (absolute Wegenot), nicht aber, wenn zwar ein Weg vorhanden, aber ungenügend war, d.h. wenn er z.B. infolge seines Verlaufs zu großen Umwegen zwang oder wegen seines Gefälles (Steigung) nur unter großen Schwierigkeiten benutzt werden konnte⁴⁾⁵⁾. Ferner mußte der Notweg dort gewählt werden,

Forts. Fn. 1 S. 8

einer solchen Revision: Chénon, L'ancien coutumier du pays de Berry) wurden auch in mehr oder weniger großem Umfang römischrechtliche Lehren berücksichtigt (Wieacker, S. 340). Neben den coutumes, die durchweg kommentiert wurden, sind als weitere Rechtsquellen die königlichen Ordonnanzen und die Entscheidungen der Parlamente zu nennen. Die Parlamente übten in ihren Bezirken die höchststrichterliche Gewalt aus.

- 2) Art. 17 der "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen": "La propriété étant un droit inviolable et sacré..."; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1298, 1299; Dutheillet, S. 6 ff., 175 ff.

1) Überblick bei Beaune, S. 134.

2) Buch, Titel 12, Sektion 1 Nr. 22.

3) Ferrand, S. 69. Auch die Parlamentsentscheide sprachen sich in diesem Sinne aus; Nachweise bei Le Gentil, S. 126.

4) Astruc, S. 43 ff. Die Mehrzahl der bei Merlin, Bd. 14, S. 680 zitierten Parlamentsentscheide.

5) In diesem Sinne bemerkt Julien in seinem Kommentar zum Statut der Provence (Bd. 1, S. 506), daß der Notweg in keinem Fall der Bequemlichkeit des abgeschlossenen Eigentümers diene. Vielmehr sei es der den Notweg dulddende Nachbar, auf dessen Bequemlichkeit man

wo er den Nachbarn am wenigsten schädigte.¹⁾ Schließlich hatte der Berechtigte den Nachbarn für die Duldung des Durchganges angemessen zu entschädigen.¹⁾

Als Beispiel für eine eingehende Regelung des Notwegrechts seien die coutumes von Lille und Auxerre genannt.

Lille²⁾:

"Si quelque héritage est enclavé de tous costez entre héritage d'autrui sans passage ou yssue en chemin, l'héritier ou censier de tel héritage enclavé, pour le labourer, charrier fiens & amendemens, semer & despouiller les fruits & advestures en procédans, peut prendre passage sur tels héritages au lieu moins dommageable, en le signifiant aux héritiers trois jours paravant, & payant intérêt tels qu'il sera dict par gens en ce cognoissans prins à des despens ou en namptissant s'il veut estre oy."

Auxerre³⁾:

"Pour faconner, emblaver ou desblaver héritages entrelecez en héritages d'autour, le seigneur propriétaire peut prendre passage au plus proche du chemin, & au moins dommageable, sans pour ce acquérir droit de saisine ou possession..."

Bemerkenswert ist auch die coutume von Nivernois, in der es für den Fall, daß der Nachbar nicht bereit ist, "le passage", zu gewähren, heißt: "le Juge le peut contraindre, à la charge de luy payer son indemnité."⁴⁾⁵⁾

Nicht alle coutumes erwähnten das Notwegrecht. Das Fehlen einer Regelung bedeutete jedoch nicht, daß einem wegebedürftigen Eigentümer für immer ein Notwegrecht versagt blieb. Wollte im Einzelfall ein Eigentümer doch einen Zugang zu einem öffentlichen Weg in Anspruch nehmen, so hatte er sich an die Obrigkeit (justice) zu wenden, die ihm die Bewilligung erteilte, das Nachbargrundstück zu überqueren.⁶⁾

1) Vgl. Bourjon, Bd. 2, Buch 4, 1. Titel, 2. Teil, 1. Kap.

2) Kap. 16, Art. 9 (1597), abgedr. bei Bourdote de Richebourg, Bd. 2, S. 908.

3) Art. 117 (1561), abgedr. bei Bourdote de Richebourg, Bd. 3, S. 600.

4) Cocquille, Coutume de Nivernois, Kap. 10, Art. 2, S. 116.

5) Im gleichen Sinne, aber weniger ausführlich äußern sich auch noch die coutumes von Anjou (Art. 449), Autun (Art. 203), der Bretagne (Art. 659), der Champagne und von Flandern (Pays d'Alost, Rubrik 10 Art. 27; France de Bruges (Art. 76); vgl. auch die Parlamentsentscheide zitiert bei Merlin, Bd. 14, S. 680 ff. und Ferrand, S. 48 ff.

6) Tribou, S. 16.

Sehr unterschiedlich war im Ancien Droit die Frage geregelt, ob ein Eigentümer durch langjährige Benutzung eines Notweges diesen ersitzen konnte. Hierüber soll im folgenden nur ein Überblick gegeben werden.¹⁾

Während die pays du droit écrit dem römischen System folgend die Ersitzung durchweg zuließen, herrschte in den pays du droit coutumier, allerdings mit Ausnahmen, das Prinzip: "nulle servitude sans titre."²⁾

Ständige Dienstbarkeiten³⁾ konnten in den pays du droit écrit in 10, 20 oder 30 Jahren ersessen werden, so z.B. in dem Bezirk des Parlaments der Provence⁴⁾, von Dijon, Toulouse, Bresse und Bonge⁵⁾. Für nichtständige Servituten, also auch für den Notweg, wurde jedoch unvordenklicher Besitz gefordert, so u.a. in dem Parlamentsbezirk der Provence⁴⁾, von Bordeaux⁶⁾, Grenoble⁶⁾ und Pau⁷⁾.

Sehr uneinheitlich war die Rechtslage in den pays du droit coutumier.

Zunächst ist eine Reihe von coutumes bekannt, von denen einige generell jede Servitutenersitzung und damit auch die Notwegersitzung ausschlossen, z.B. die coutumes von Orléans (Art. 225)

1) Ausführliche Darstellung bei Merlin, Bd. 12, S. 552 ff.; Kohler, ACP 1897, 252 ff.

2) Bourjon, Bd. 2, Buch 4, 1. Titel, 1. Kap., Sekt. 1; Beaune, Bd. III, S. 141.

3) Das Ancien Droit teilte - ebenso wie später der CC - die Servituten in ständige und nichtständige ein, eine Klassifizierung, die vor allem für den Besitz und die Ersitzung der Servituten Bedeutung hatte. Ständig ist eine Servitut, wenn sie zu ihrer Ausübung nicht der Handlung des Berechtigten bedarf, so z.B. die Aussichtsgerechtigkeit (servitude de vue) oder das Traufrecht (servitude d'égout des toits). Nichtständige Dienstbarkeiten sind die, die zu ihrer Ausübung jedesmal der Handlung einer Person bedürfen, so u.a. die Wegerechte.

4) Julien, Bd. II, S. 541, 542.

5) Vgl. Ferrand, S. 67; Tribou, S. 16.

6) Merlin, Bd. 12, S. 554 ff.

7) Lalauze, 2. Buch, Kap. 10, S. 171.

und Paris¹⁾, während andere speziell die Ersitzung der Notwegservitut ablehnten, so u.a. die coutumes von Auxerre (Art. 100, 114), Montargis (Tit.10, Art. 1) und Noyon (Art. 32)²⁾. Der Ausschluss der Ersitzung wurde damit begründet, daß der Servitutenbesitz, der ohne Titel ausgeübt werde, lediglich prekaristischer Natur sei und dieser Besitzcharakter dauernd beibehalten werde, auch wenn eine noch so lange Zeit verstrichen sei³⁾.

Eine weitere Gruppe von coutumes verneinte ebenfalls grundsätzlich die Ersitzung des Notweges, ließ sie jedoch dann zu, wenn ihr ein ausdrücklicher Widerspruch vorausging: so namentlich Berry (1539, Tit. 11, Art. 3): "... si n'est qu'il y eust eu contradiction expresse..."⁴⁾

Mehrere coutumes entschieden das Problem der Ersitzung nach der Beschaffenheit des Grundstücks: war das Grundstück unbewohnt und unverschlossen, konnte das Notwegrecht nicht ersessen werden; in den übrigen Fällen griff die Ersitzung durch. So die coutumes der Bretagne (Art. 269, 282, 393), von Bournonnais (Art. 519) und von Nivernais (Kap. 10, Art. 2; Kap. 17, Art. 9, 10).

Wieder andere gestatten die Ersitzung nur bei den Feldservituten und schlossen sie bei den städtischen aus⁵⁾, so Courtai (1557; Rubrik 11, Art. 2, 3) und Gent (1563; Rubrik 18, Art. 1, 2, 4, 17).

1) Loyssel, I Nr. 295 mit Nachweis weiterer coutumes.

2) Ferner die coutumes von Peronne (Art. 212), Troyes (Art. 61) und Verdun (Tit. 15, Art. 3). Unter der Herrschaft dieser coutumes war streitig, ob die in ihnen nicht genannten Servituten ersessen werden konnten oder ob der nur für den Notweg ausgesprochene Ausschluss der Ersitzung auch für sie galt; siehe hierzu: Warnkoenig, S. 417; Ferrand, S. 63.

3) Vgl. Ferrand, S. 60.

4) Ferner Stadt Metz (1611; Tit. 12, Art. 2), Meaux (Art. 75) und Bar (1579; Art. 179).

5) Diese Unterscheidung stammt aus dem römischen Recht und wird auch heute noch vom Code Civil (Art. 687) gemacht, ist aber ohne jede praktische Bedeutung. Friedel, Servitudes Nr. 53.

Ferner gab es in den pays du droit coutumier eine Reihe von coutumes, die die Ersitzung des Notweges übereinstimmend zuließen, aber eine unterschiedliche Zeitspanne hierfür forderten¹⁾. Schließlich sind noch die coutumes zu nennen, die sich überhaupt nicht über die Servitutenersitzung äußern (coutumes muettes). Im Geltungsbereich dieser coutumes kam, da die coutumes nicht lückenlose, alle Bereiche des Rechts regelnde Kodifikationen, sondern Sammlungen zumeist unvollständiger Gewohnheitsrechte waren, subsidiär das droit coutumier commun zur Anwendung und dieses Recht war nach Ansicht vieler Kommentatoren und Gerichte die im großen Ansehen stehende coutume von Paris²⁾.

Da Art. 186 der coutume von Paris jegliche Servitutenersitzung ausschloss, konnte im Geltungsbereich der coutumes muettes kein Notweg ersessen werden³⁾.

D. Gemeines Recht

I. Mit der Rezeption des römischen Rechts fand auch dessen Vorstellung vom Eigentum als der absoluten und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache Eingang in Deutschland. Ein Teil der gemeinrechtlichen Doktrin betonte, besonders im 19. Jahrhundert, in noch höherem Maße die Absolutheit und Ausschließlichkeit des Rechts, als dies die römischen Juristen getan haben mögen⁴⁾: Das Eigentumsrecht verleihe die unbeschränkte Rechtsmacht über eine Sache⁵⁾. Dennoch mußte die gemeinrechtliche Theorie ein-

1) 20 Jahre:

Ponthieu (1495; Art. 115); Boulenois (1520; Art. 120);

30 Jahre:

Clermont en Argonne (1571; Kap. 14, Art. 5); Bourgogne (1459; Kap. 14, Art. 1); Franche Comté (1459; Art. 51); Auvergne (1510; Kap. 17, Art. 1); Chalons (1556; Art. 144);

50 Jahre:

Assenède (1619; Rubrik 2, Art. 2);
Unvordenklicher Besitz wurde verlangt von:
Grand Perche (1558; Art. 216); Douai (1627; Kap. 9, Art. 2);
Brügge (1619; Tit. 22, Art. 1).

2) Siehe die bei Ferrand, S. 63 Fn. 1 zitierten Autoren; ferner S. 66; Fournel, § 184, Nr. 3; Olivier-Martin, Coutume, S. 19.

3) Vgl. Köhler, ACP 1897, S. 277 f.

4) Hedemann, Bd. 2, 1. Halbbd., S. 127.

5) Vgl. Windscheid, § 167, S. 492; Arndts, S. 177/178; Vangerow, § 295, Nr. 1.

sehen, daß "... die rücksichtslose Durchführung der Konsequenz des Eigentumsbegriffs ohne erhebliche Übelstände nicht möglich ist."¹⁾ In der Tat gibt es in der Lebenswirklichkeit eine Reihe von Grundeigentumsschranken - sei es im Interesse der Allgemeinheit, sei es zugunsten Einzelner, - ohne die eine Rechtsgemeinschaft nicht auskommen kann. Um diese Einengungen des Eigentums mit dem Eigentumsbegriff in Einklang zu bringen, legte ihnen ein Teil der Lehre Ausnahmecharakter zu und sah sie als im Einzelfall zu begründende Beschränkung eines an sich volleren Rechts an²⁾. Dementsprechend wurden die Schranken als "von außen kommend" und das Eigentum als "an sich" oder "seiner Idee nach" unbeschränkt (schrankenlos) bezeichnet³⁾.

Gegenüber dieser individualistischen Eigentumsauffassung, die durch die Pandektenwissenschaft zu ihrem Höhepunkt geführt wurde, verschaffte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine andere, mehr die Gebundenheit des Eigentums betonende Überzeugung Geltung. Im Interesse der Allgemeinheit sowie aus Rücksicht auf die Nachbarn seien dem Eigentümer von der Rechtsordnung von vornherein gewisse Grenzen gesetzt. Das Eigentum sei kein schrankenloses Recht, sondern eine rechtlich und sozial gebundene Sachherrschaft. Nach dieser Auffassung erscheinen die den Grundeigentümern auferlegten Schranken nicht als wirkliche Beschränkungen eines an sich volleren Rechts, sondern als dem Eigentumsbegriff immanente Schranken⁴⁾.

Nach beiden Meinungen bestanden die Grundeigentumsbeschränkungen ipso jure; sie bedurften zu ihrer Entstehung keines Begründungsaktes. Die wurden deshalb allgemein als gesetzliche Eigentumsbeschränkungen oder als gesetzliche Dienstbarkeiten (Legalservituten) bezeichnet.⁵⁾⁶⁾

1) Windscheid, § 169, S. 495; ähnlich auch Jhering, Jb 1863, S. 94.

2) Vgl. z.B. Arndts, S. 218 Fn.4.

3) Vangerow, § 295 Nr.1; Wendt, S. 317; Windscheid, § 167, S. 492; s. auch Kaden, ZfRV 1961, S. 196.

4) Ihering, Zweck, S. 506 ff.; Dernburg, Pandekten, S. 472, Fn.6; s. auch Kaden, ZfRV 1961, S. 199.

5) z.B. Glück, S. 88; Arndts, § 131.

6) Hinter der Bezeichnung "Legalservitut" oder "gesetzliche Grunddienstbarkeit" verbarg sich die in Anlehnung an das nachklassische römische Recht gebildete Auffassung, daß jede Beschränkung des Grundeigentums - beruhe sie auf Rechtsgeschäft oder Gesetz - eine Dienstbarkeit sei (Kaser, S. 91; Zürcher, S. 8; s. auch Wieacker, S. 234). Der Terminus "Legalservitut" wird, obgleich ihn die Mehrheit der deutschen Autoren ablehnt, noch bis in die

Zu den unmittelbar kraft Rechtssatz geltenden Eigentumsbeschränkungen zählte die gemeinrechtliche Theorie unter Hinweis auf das römische Recht u.a. die Pflicht, gewisse Immissionen zu dulden sowie den natürlichen Wasserablauf eines Grundstücks nicht zu verändern. Nicht hierzu rechnete sie aber die Pflicht des Nachbarn, einen Notweg zu dulden.

Im Mittelpunkt der Diskussion darüber, ob im gemeinen Recht ein Notwegrecht anzuerkennen sei, stand das Fragment aus den Digesten über den iter ad sepulchrum. Da dieser nur einen singulären, durch die Eigenart des Begräbniswesens bedingten Fall betraf, sah eine Minderheit der Literatur in jener Digestenstelle eine Ausnahmenvorschrift und verneinte deren Anwendbarkeit auf andere Fälle einer Wegenot¹⁾. Die Mehrheit der Autoren sowie die Praxis hielten den iter jedoch für einen - allerdings besonders hervorgehobenen - Anwendungsfall eines allgemein geltenden Notwegrechts²⁾. Zur Bekräftigung ihrer Ansicht berief sich die h.M. noch auf weitere von Wegen und Wegerechten handelnde Stellen der Digesten³⁾, deren Beweiswert für die Existenz eines im römischen Recht allgemein geltenden Notwegrechts allerdings bestritten war.⁴⁾ Neben den Fragmenten aus den Digesten beeinflussten aber auch Rechtsgewohnheiten deutscher Herkunft - namentlich die gegenseitige Aushilfe in nachbarlichem Verhältnis sowie die allgemeinen Durchgangs- und Überfahrtsrechte - Lehre und Praxis im Sinne einer Zulassung des Notweges⁵⁾.

Da eine gesetzliche Regelung des Notwegrechts fehlte, bestand Streit darüber, wann es im Einzelfall zu gewähren sei. Nach einem Teil der gemeinrechtlichen Lehre sollte es nur verlangt werden können, wenn ein Grundstück überhaupt keinen Zugang hatte (absolute Zugangsnot).⁶⁾

Forts. Fn.6 S. 14

jüngste Zeit gebraucht (s. Gutjahr, S. 32 ff.; Meikel/Imhof/Riedel, Bd. 2 § 117, Nr. 110). Neuerdings bedient sich seiner in zunehmendem Maße die schweizerische Literatur.

1) Die bei Hesse, S. 542 zitierten Autoren.

2) Die bei Hesse, S. 542 zitierten Autoren.

3) Nachweise bei Hillmer, S. 6 ff.

4) Koch, S. 202 ff.; Hesse, S. 545 f.

5) OAG Lübeck, 12.11.1846; Seuff, A 1 (1849) Nr. 321; vgl. auch Hillmer, S. 18.

6) Die bei Hesse, S. 547 Fn. 112 zitierten Autoren.

Die Praxis verfuhr dagegen großzügiger und stellte auf die Unentbehrlichkeit bzw. Notwendigkeit des Zugangs für die Benutzung des Grundstücks ab¹⁾. Ferner sprachen die Gerichte ein Notwegrecht dann zu, wenn ein Zugang über den eigenen Grund nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten, z.B. durch Errichtung einer kostspieligen Brücke zu erstellen war²⁾. Ein Notwegrecht kam jedoch nicht in Frage, wenn der bestehende Zugang lediglich unbequem oder schwierig zu benutzen war³⁾. Generell wurde schließlich ein Notwegrecht dann verneint, wenn der vom öffentlichen Wege abgeschlossene Eigentümer die Zugangsnot willkürlich herbeigeführt hatte⁴⁾.

Bereits oben wurde festgestellt, daß das Notwegrecht nicht als Eigentumsbeschränkung galt, die ohne Begründung unmittelbar kraft Gesetzes wirksam war (Legalservitut). Wenn der Notweg auch von manchen Autoren ohne weitere Erläuterung als Legalservitut bezeichnet wurde⁵⁾, darf doch die ungenaue Ausdrucksweise nicht darüber hinwegtäuschen, daß das gemeine Recht eine mit Eintritt der Wegenot eo ipso entstehende Notwegservitut nicht kannte. Ebenso wenig hatte der wegenotleidende Eigentümer einen privatrechtlichen Anspruch gegen seinen Nachbarn auf Einräumung einer Wegeservitut⁶⁾.

Der betroffene Eigentümer mußte sich vielmehr an das Gericht wenden und von diesem die Konstituierung einer Notwegservitut erbitten. Voraussetzung des vom normalen Zivilprozeß abweichenden Verfahrens war zunächst der Beweis des Imploranten⁷⁾, daß ihm eine rechtsgeschäftlich begründete Wegegerechtigkeit nicht zustehe. Dann wurde vor Gericht über eine freiwillige Bestellung des Notwegrechts verhandelt. Blieb das gerichtliche Güteverfahren erfolglos, sprach der Richter dem Imploranten die

1) Obertribunal Stuttgart, 2.9.1829; Seuff A 1 (1849) Nr. 177; Obertribunal Berlin, 27.9.1859; Seuff A 16 (1863) Nr. 12.

2) Nachweise bei Hesse, S. 547 Fn. 13; Elvers, S. 123.

3) Glück, S. 101/102; Obertribunal Stuttgart, 22.11.1859; Seuff A 13 (1860) Nr. 210.

4) Obertribunal Stuttgart, 22.11.1859; Seuff A 13 (1860) Nr. 210; OAG Lübeck, 28.5.1867; Seuff A 33 (1878) Nr. 3.

5) Arndts, S. 178, 179.

6) Karding, S. 407, in der irrije Annahme, daß dies die Ansicht der herrschenden Meinung im gemeinen Recht gewesen sei.

7) So hieß im gemeinen Recht der Antragsteller. Vgl. Loeb, S. 28.

Wegeservitut zu,¹⁾ verurteilte ihn aber gleichzeitig zur Leistung einer Entschädigung. Die durch den Richterspruch entstehende Servitut wurde allgemein als servitus necessaria, als notwendige Servitut, bezeichnet.

Als dem Inhaber einer Dienstbarkeit stand dem Notwegberechtigten gegen Störung und Bedrohung seines Rechts die actio confessoria zu. Weiterhin genoß er possessorischen Schutz durch das interdictum de itinere actuque privato.²⁾ Als Dienstbarkeit erlosch das Notwegrecht auch grundsätzlich nach den Regeln des Servitutenrechts. Lediglich die Verjährung in der Form des nonusus oder der usucapio libertatis bewirkte nicht den Untergang des Notweges³⁾.

E. Preußisches Recht

Die Theorie des preußischen Rechts ging ebenso wie die des gemeinen Rechts von der Absolutheit und Ausschließlichkeit des Eigentums aus. Sie konnte sich aber nicht auf einen gesetzlich definierten Eigentumsbegriff stützen. Das ALR enthielt nämlich nur eine Aufzählung der "unter dem Eigentume begriffenen Rechte."⁴⁾ Hieran schlossen sich die gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums an, aufgeteilt in die "zum Besten des gemeinen Wesens"⁵⁾ und die "zum Besten des Nachbarn"⁶⁾. Das Notwegrecht war nicht besonders kodifiziert. Rechtsprechung und Lehre sahen und behandelten es jedoch als wichtigsten Fall des § 3 des Titels: "Von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegeneinander."⁷⁾ Die Vorschrift mit der Marginale "notwendige Einschränkung des Eigentums" lautet: "Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Teil völlig unbrauchbar sein würde."

1) OAG Kiel, 11.8.1860; Seuff A 14 (1861) Nr. 114.

2) Loeb, S. 68; Kaser, S. 112.

3) D. 8,6,4: "iter ad sepulchrum non utendo numquam amittitur." Sintonis, S. 599 Fn. 15; Hillmer, S. 64.

4) ALR I 8 § 1 ff., 9 ff.

5) ALR I 8 § 32 ff.

6) ALR I 8 § 102 ff.

7) ALR I 22.

Diese Eigentumsbeschränkungen wurden von Lehre und Praxis als notwendige Servituten bezeichnet.¹⁾ Ihnen gegenüber standen die rechtsgeschäftlichen Servituten, vom ALR Grundgerechtigkeiten genannt, und im gleichen Titel wie die notwendigen Servituten geregelt²⁾.

Der Gesetzeswortlaut verlangte für die Gewährung einer notwendigen Servitut, speziell eines Notweges, den Nachweis, daß das Grundstück ohne den erstrebten Weg "ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar" sei. Völlige Unbrauchbarkeit war gegeben, wenn das Grundstück ohne den Notweg nicht bestimmungsgemäß benutzt werden konnte³⁾. Das war z.B. der Fall, wenn das Grundstück überhaupt keinen Zugang zum öffentlichen Weg hatte⁴⁾.

Bei "willkürlichen Veränderungen in Gestalt, Hauptbestimmung oder Nutzungsart" eines Grundstücks konnte ein Notwegrecht nicht verlangt werden⁵⁾. Hiervon machte das Gesetz aber eine Ausnahme, wenn die Änderung zum Zwecke erheblicher Verbesserungen nötig war und der den Weg gewährende Nachbar weder in dem bisherigen freien Gebrauch seiner Sache gestört, noch an nützlichen Verbesserungen, die er selbst an seinem Grundstück vornehmen könnte, gehindert wurde⁶⁾.

Waren die im Gesetz normierten Voraussetzungen erfüllt, war also eine Wegenot vorhanden, begründete dieser Zustand gleich wie im römischen und gemeinen Recht noch kein Notwegrecht⁷⁾. Der wegenotleidende Eigentümer hatte lediglich die Möglichkeit, den Richter anzurufen. Dieser verurteilte den notwegpflichtigen Nachbarn, dem wegenotleidenden Eigentümer eine Wegegerechtigkeit zu bestellen. Das Urteil begründete also kein dingliches Recht, sondern schuf zwischen den Parteien nur schuldrechtliche

1) Koch, S. 127; Förster-Eccius, S. 392.

2) ALR I 22 §§ 11 ff.

3) Förster-Eccius, S. 393.

4) Obertribunal Berlin, 23.11.1852; Striethorsts Archiv 8 (1853) S. 61.

5) ALR I 22 § 8.

6) ALR I 22 § 9.

7) Koch, S. 222 ff.; Dernburg, S. 736; a.A. Menzel, S. 254; vgl. zu diesem Problem auch die Kritik Gierkes (S. 438 Fn. 91).

(kaufvertragsähnliche) Pflichten¹⁾. Erfüllte der verurteilte Nachbar seine Pflicht nicht, mußte der wegenotleidende Eigentümer noch einmal Klage erheben, worauf die Servitut durch Richterspruch bestellt wurde.

War die Notwegservitut durch Vertrag oder Urteil entstanden, genoß sie wie die gewillkürte Dienstbarkeit konfessorischen und possessorischen Schutz²⁾. Gemäß ALR I 22 § 10 erlosch sie mit Wegfall der Wegenot.

F. Schweizerisches Recht bis zur Einführung des ZGB

Bis zur Vereinheitlichung des Privatrechts durch die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches am 1.1.1912 galten in der Eidgenossenschaft die Zivilgesetzbücher der einzelnen Kantone. Sie enthielten neben anderen nachbarlichen Eigentumsbeschränkungen durchweg Bestimmungen über das Notwegrecht.

Der Notweg wurde von den kantonalen Rechten meist zu dem Zwecke gewährt, die Bewirtschaftung einer vom öffentlichen Wege abgeschlossenen Liegenschaft zu ermöglichen³⁾. Alle Regelungen brachten ebenfalls zum Ausdruck, daß der Notweg den Nachbarn möglichst wenig beeinträchtigen dürfe.

Bei der rechtlichen Konstruktion des Notwegrechts hielten sich die Kantone der romanischen Schweiz an die Regelung des Code civil und betrachteten jenes in Analogie zu den auf Rechtsgeschäft beruhenden Dienstbarkeiten als gesetzliche Grunddienstbarkeit. Die deutschschweizerischen Kantone behandelten das Notwegrecht dagegen als eine von den Grunddienstbarkeiten zu unterscheidende gesetzliche Eigentumsbeschränkung⁴⁾.

1) Koch, S. 236; Sonnenfeld, S. 26.

2) Überblick über die einschlägigen Bestimmungen bei Huber, Bd. 3, S. 315 ff., und Caroni-Rudolf, § 2 II.

3) Huber, Bd. 3, S. 315 ff.; Waldis, (2) S. 20.

3. Kapitel

Die Tatbestände des Art. 682 Code civil, des § 917 Bürgerliches Gesetzbuch und des Art. 694 Schweizerisches Zivilgesetzbuch

A. Wegenot

I. Der CC regelt das Notwegrecht in den Art. 682 - 685.

Art. 682 CC:¹⁾

Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

1) Ausgangspunkt und Rechtfertigung der Zuerkennung eines Notweges ist die Wegenot (Zugangsnot). Diese tritt in mannigfaltiger Art in Erscheinung. Die Fälle, in denen ein Grundstück überhaupt keinen Zugang zum öffentlichen Weg hat (absolute Zugangsnot), sind in der Praxis nicht sehr zahlreich. Die absolute Zugangsnot tritt infolge tatsächlicher Ereignisse ein, wenn der Weg infolge von Naturereignissen (z.B. Erdbeben, Überschwemmung) verloren geht. Wegenot entsteht aber auch - aus rechtlichen Gründen -, wenn eine persönliche oder dingliche Zugangsberechtigung, die die Verbindung zur öffentlichen Straße gewährleistet, erlischt.

Die absolute Zugangsnot, die relativ leicht festzustellen ist, war nach der ursprünglichen Fassung des Art. 682 CC²⁾ der einzige Fall, in dem ein Notwegrecht beansprucht werden konnte. Die Rechtsprechung legte indes nach anfänglichem Zögern³⁾ den

- 1) IdF des Gesetzes 67 - 1253 (D'orientation foncière) vom 30.12.1967 J.O. 1968, S. 3 ff.
- 2) Art. 682 i.d.F. von 1804: "Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner."
- 3) Cass. req. 31.5.1825, S. 1825-1827 I 129; Besançon, 23.5.1828, S. 1828-1830 II 85; Rouen, 16.6.1835, S. 1836 II 87; Notwegrecht nur, wenn überhaupt kein Zugang zum Grundstück vorhanden war.

Gesetzeswortlaut weit aus und gewährte auch dann ein Notwegrecht, wenn zwar ein Zugang zum öffentlichen Weg vorhanden war, er aber für die Nutzung (exploitation) des Grundstücks nicht ausreichte (relative Zugangsnot).

Diese Rechtsprechung, die auch die Billigung der Lehre fand¹⁾, wurde 1881 durch eine Revision des Art. 682 CC sanktioniert²⁾. Tatbestandsmäßig war nun ein für die landwirtschaftliche oder gewerbliche Nutzung unzureichender Zugang. Bald entsprach auch diese gesetzliche Fassung nach Ansicht der Praxis nicht mehr den wirtschaftlichen Gegebenheiten: Es sei bei der Frage, ob ein Notwegrecht zu gewähren sei, nicht gerechtfertigt, zwischen den verschiedenen Nutzungsarten der Grundstücke zu unterscheiden³⁾.

1) Demolombe, Bd. 12 Nr. 612.

2) Art. 682 CC i.d.F. des Gesetzes vom 20.8.1881: "Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle, de sa propriété peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner."

3) Pau 14.3.1831 S. 1831 II 244 (245); Cass.req.7.5.1879 S.1879 I 460 u. Note; Chambéry 6.2.1951 J.C.P. 1951 II 6311 und Note von Becqué; vgl. auch die Urteilsanm. von Solus, Rev.trim.civ. 1951 S. 270.

Diese Ansicht wurde auch schon von älteren Autoren vertreten: Demante, Nr. 527; Demolombe, Bd. 12 Nr. 612; vgl. auch die Ausführungen des Berichterstatters Leroy bei der Beratung des Gesetzes vom 20.8.1881 (D.1882 IV 9 Note 3): "Quant à l'exploitation, elle doit comprendre d'une manière générale tous les modes d'utiliser les fonds... Le mot d'exploitation est générique..."

Der Begriff "exploitation" verstehe sich als jedwede normale Nutzung eines Grundstücks.¹⁾²⁾

Der liberalen Auslegung der Gerichte Rechnung tragend, erhielt Art. 682 CC im Jahre 1967 die jetzt gültige Fassung³⁾. Ein Notweg kann danach nicht nur verlangt werden, um eine ausreichende Verbindung zu einer Werkstatt, einem Geschäft oder einem Wohnhaus herzustellen, sondern auch, um Bauvorhaben oder Parzellierungen von Grundstücken zum Zwecke der Bebauung zu ermöglichen. Als zulässige Nutzung wird auch die Kraftfahrzeughaltung auf einem Hausgrundstück angesehen, so daß der Eigentümer einen Notweg für die Auffahrt mit dem Wagen beanspruchen kann⁴⁾.

Art. 682 CC setzt weiter voraus, daß der bestehende Zugang für die Nutzung des Grundstücks unzureichend ist. Das ist dann der Fall, wenn die Inanspruchnahme des vorhandenen Weges außerordentlich große Schwierigkeiten bereitet, der Weg z.B. zu sumpfig oder zu gefährlich zu begehen bzw. zu befahren ist oder zu erheblichen Umwegen zwingt und der Weg nur unter un-

-
- 1) Cass. civ. 11.5.1960 J.C.P. 1960 II 11838 (und Note von Dijol) unter Bestätigung des Urteils Montpellier 18.4.1958 D. 1958 J. 491. Ebenso schon Cass. civ. 22.11.1937 D.P. 1938 I 62 und Note von Voirin. Ferner Cass. civ. 2.12.1958 J.C.P. 1959 IV 6; Cass. civ. 20.1.1960 D. 1960 Somm.49; Cass. civ. 26.5.1961 D. 1961 Somm. 81; Cass. civ. 8.3.1965 Bull. civ. 1965 I 128; A.A. Paris 27.6.1936 Gaz. Pal. 1937, I. 653: keine Verbreiterung des Notweges, um ihn mit einem Auto befahren zu können. Douai 19.5.1952 D. 1952 J.644: Notweg nur für landwirtschaftliche oder gewerbliche Bedürfnisse. Die Literatur bejaht im allgemeinen die Auffassung der überwiegenden Rechtsprechung; vgl. Marty/Raynaud, Nr. 289; einschränkt allerdings Aubry/Rau (6) § 243, S. 38.
 - 2) Zur Anpassung der Rechtsprechung an die Entwicklung von Wirtschaft und Technik bei der Auslegung des Art. 682 CC: Josserand, Etudes Capitantes, S. 373; ferner Villette, S. 265 und Duni, Gaz. Pal. 1968 Doctrine 135.
 - 3) IdF des Gesetzes 67 - 1253 (D'orientation foncière) vom 30.12.1967 J.O. 1968, S. 3ff.
 - 4) Montpellier 18.4.1958 D. 1958 J. 491; Cass. civ. 11.5.1960 J.C.P. 1960 II 11838 und Note von Dijol; vgl. ferner Cass. civ. 20.1.1960 D. 1960 Somm. 49; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; Duni, Gaz. Pal. 1968 Doctrine 135.

verhältnismäßig hohen Kosten verbessert werden kann¹⁾. Bloße Unbequemlichkeiten bei der Benutzung des Weges machen diesen jedoch nicht zu einem ungenügenden Weg²⁾. Eine unzureichende Verbindung besteht auch dann, wenn das Grundstück durch einen Fluß vom öffentlichen Weg getrennt ist³⁾.

2) Der Eigentümer kann sich jedoch nicht auf Wegenot und damit nicht auf Art. 682 CC berufen, wenn er willkürlich die Enklave geschaffen hat, z.B. durch Errichtung eines Gebäudes, das den bisherigen Zugang versperrt⁴⁾. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 682 CC erstreckt sich auch auf den Erwerber des Grundstücks⁵⁾.

Ferner kann der Eigentümer keinen Notweg verlangen, solange aufgrund eines ihm rechtsgeschäftlich eingeräumten Wegerechts die Verbindung zum öffentlichen Weg hergestellt ist⁶⁾⁷⁾, oder

-
- 1) Req. 30.1.1884 D. 1884 I 384; Grenoble 25.6.1924 D. 1926 II 41; Cass. civ. 30.10.1928 D. 1928 J. 607; Cass. req. 2.8.1938 S. 1938 I 302; Cass. civ. 26.5.1961 D. 1961 Somm. 81; Cass. civ. 3.12.1962 D. 1963 Somm. 54.
 - 2) Cass. req. 31.7.1844 S. 1844 I 845; Cass. civ. 31.5.1961 J.C.P. 1961 IV 107; vgl. auch Demolombe, Bd. 12 Nr. 609.
 - 3) Montpellier 4.3.1935 D. 1935 J. 308; Paris 27.1.1937 D. 1938 Somm. 4; Cass. civ. 4.3.1964 Bull. civ. 1964 I 97; Cass. civ. 25.5.1964 Bull. civ. 1964 I 213.
 - 4) Cass. req. 16.3.1870 D. 1870 421; Cass. req. 16.5.1927 S. 1928 I 28; Cass. req. 21.7.1931 S. 1931 I 128; Montpellier 4.3.1935 D. 1935 J. 308; so auch RG 12.7.1890 Bolze 8 (1890) Nr. 82.
 - 5) Cass. req. 21.7.1930 S. 1931 I 128.
 - 6) Paris 27.1.1937 Gaz. Pal. 1937 I 652 und die überwiegende Meinung in der Literatur; s. Colonna, S. 26 mwN; a.A. Gavini, Nr. 691.
 - 7) Art. 682 CC greift jedoch ein, wenn das Wegerecht durch Nichtgebrauch verjährt ist; Cass. req. 3.12.1935 Gaz. Pal. 1936 I 526.

solange der Nachbar aus sonstigen Gründen den Zugang duldet (tolérance).¹⁾

II. In Deutschland kann gemäß § 917 BGB²⁾ ein Notweg verlangt werden, wenn "einem Grundstück die zur ordnungsgemäßen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg" fehlt.

1) Ohne es ausdrücklich zu erwähnen, umfaßt die Bestimmung sowohl die Fälle, in denen eine Verbindung überhaupt fehlt, als auch die, in denen eine Verbindung zum öffentlichen Weg zwar vorhanden ist, aber zur ordnungsgemäßen Benutzung des Grundstücks nicht ausreicht.³⁾

Unter Benutzung wird der Gebrauch und die Ausbeute des Grundstücks verstanden.⁴⁾ Die Benutzung ist ordnungsgemäß, wenn sie objektiv den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Grundstücks entspricht, nicht aber, wenn sie den persönlichen Interessen des derzeitigen Eigentümers dient. Sie entspricht dem erstgenannten Erfordernis, wenn sie im Einzelfall nach ihrer Art der Bodenbeschaffenheit, der Größe und der Umgebung des Grundstücks angemessen ist und rationell gehandhabt wird.⁵⁾

So stellt nach der Rechtsprechung der Betrieb eines Wirtschaftsunternehmens, z.B. eines Lichtspieltheaters, eine ordnungsgemäße Benutzung eines Grundstücks dar.⁶⁾ Ordnungsgemäß ist auch eine Änderung der Benutzung, die der Eigentümer vornimmt, um dem Fortschritt der Technik und den Zeiterfordernissen Rechnung zu tragen.

Infolge der Zunahme der Motorisierung hatten die Gerichte in jüngerer Zeit häufig zu entscheiden, ob ein Notwegrecht auch für

- 1) Cass. req. 15.7.1875 S. 1875 I 419; Paris 7.11.1895 D. 1896 II 23; Cass. civ. 3.7.1961 Bull. civ. 1961 I 290; Cass. civ. 30.1.1962 Bull. civ. 1962 I 62; Cass. civ. 29.5.1968 D. 1969 Somm. 2; einschränkend Pau 19.5.1884 D. 1886 II 48.
- 2) "Fehlt einem Grundstück die zur ordnungsgemäßen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg, so kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, daß sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Die Richtung des Notweges und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt."
- 3) BGH 11.6.1954, LM § 917 Nr. 1.
- 4) Vgl. §§ 99, 100 BGB; Rüdenberg, S. 15.
- 5) RG 20.3.1912 RGZ 79 S. 116 ff. (120); BayVGH 1.3.1961 BBauBl. 10 (1961) S. 442 ff. (444); BGH 15.4.1964 NJW 1964 S. 1321; BGH 21.12.1965 BB 1966 S. 639/640; OLG Köln 25.10.1966 OLGZ 1967, 156 ff. (157); vgl. auch Rüdenberg, S. 15 ff.
- 6) BGH 21.12.1965 BB 1966 S. 639/640.

die Zufahrt mit einem Auto verlangt werden kann. Ein Teil der Rechtsprechung sieht allein schon in der bloßen Haltung eines Kraftfahrzeuges auf dem Grundstück eine ordnungsgemäße Benutzung. Die Kraftfahrzeughaltung auf einem Grundstück diene nicht mehr nur der Befriedigung persönlicher Interessen, sondern sei unter den heutigen Zeitumständen auch ein anzuerkennendes wirtschaftliches Bedürfnis.¹⁾

Demgegenüber begründet nach neueren Entscheidungen die Haltung eines Kraftfahrzeuges allein noch keinen Notweganspruch. Es muß hinzukommen, daß sie im Einzelfall für die konkrete Benutzung des Grundstücks notwendig ist und dem Charakter der Umgebung entspricht.²⁾ So kann nach einem Urteil des OLG Köln³⁾ ein Notwegrecht nicht für die Zufahrt zu einem Wohnhaus in einer vom Verkehr nicht oder nur wenig berührten Wohnlage verlangt werden. In die gleiche Richtung tendiert eine Entscheidung des BGH⁴⁾, wonach § 917 BGB die Anfahrt zu einem 1,8 km von einer öffentlichen Straße entfernt liegenden Alpengasthof nur dem Inhaber und den Lieferanten gestattet, nicht aber die freie Anfahrt der Gäste deckt.

§ 917 BGB setzt weiter voraus, daß die zur ordnungsgemäßen Benutzung des Grundstücks notwendige Verbindung fehlt. Hier gelten die gleichen Gesichtspunkte, die die französische Rechtsprechung für die Bestimmung des unzureichenden Weges entwickelt hat.⁵⁾⁶⁾

- 1) OLG Hamm 25.5.1959 NJW 1959 S. 2310; LG Aachen 25.4.1963 MDR 1963 S. 678/679.
- 2) OLG München 28.10.1965 OLGZ 1966 S. 284 ff.; OLG Köln 25.10.1966 OLGZ 1967 S. 156 ff.; LG Hannover 9.1.1968 NJW 1969 S. 190; ähnlich AG Dortmund-Hörde 15.11.1966 ZMR 1967 S. 208; nach AG Dortmund 17.2.1960 MDR 1961 S. 414 besteht grundsätzlich keine Pflicht zur Duldung der Zufahrt mit einem Auto; Vgl. auch LG Stuttgart 22.10.1965 MDR 1966 S. 236.
- 3) OLG Köln 25.10.1966 OLGZ 1967 S. 156 ff.
- 4) BGH 16.4.1958 IM Nr. 2 zu § 917 BGB; vgl. auch BGH 11.11.1959 NJW 1960 S. 93.
- 5) Vgl. OLG Karlsruhe 12.4.1901 OLGE 2 (1901) S. 506, 507; OLG Braunschweig 10.11.1911 OLGE 26 (1913) S. 29 ff.; RG 5.5.1938 RGZ 157 S. 305 ff. (308); BGH 15.4.1964 NJW 1964 S. 1321.
- 6) Ein Wegerecht auf Grund stillschweigender Leihe stellt eine ausreichende Verbindung dar, LG Kassel 26.9.1968 NJW 1969 S. 1174/1175. Abweichend RG 5.5.1938 RGZ 157 S. 305 ff. (308): schuldrechtliche Gebrauchsbefugnis sei grds. keine ausreichende Verbindung.

Bloße Unbequemlichkeit bei der Benutzung des Weges rechtfertigt auch nach deutschem Recht keinen Notweg.¹⁾

Schließlich muß die Verbindung mit einem öffentlichen Weg fehlen²⁾. Das Merkmal der Öffentlichkeit bestimmt sich nach Landesrecht³⁾. Es ist gegeben, wenn der Weg nach seiner Bestimmung dem allgemeinen Verkehr dient.

2) Anders als der CC sagt das BGB in § 918 Abs. 1⁴⁾ ausdrücklich, daß ein Notweg ausgeschlossen ist, "wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Weg durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers⁵⁾ aufgehoben wird." Willkürlich ist eine Handlung, wenn sie weder durch eine ordnungsgemäße Benutzung (z.B. Änderung der Bewirtschaftungsart) noch durch zwingende andere Gründe geboten ist⁶⁾. Auf ein Verschulden des Eigentümers im Sinne von vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten kommt es nicht an⁷⁾. Der Eigentümer handelt z.B. willkürlich, wenn er auf ein die Verbindung zum öffentlichen Wege vermittelndes Wegerecht verzichtet⁸⁾. Die Aufgabe des Wegerechts wirkt auch gegen den Rechtsnachfolger, so daß auch dieser sich nicht auf § 917 BGB berufen kann. Willkür ist auch in dem Fall gegeben, in dem der Eigentümer das Grundstück, das den Zugang herstellt, bebaut⁹⁾.

1) BGH 15.4.1964 NJW 1964 S. 1321; Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 31; Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 3.

2) Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 20; Weisner/Stern/Hodes, S. 480.

3) § 917 BGB rechtfertigt nicht die Verbindung zu einem öffentlichen Gewässer BGH 30.11.1966 MDR 1967 S. 749/750.

4) "Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Weg durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers aufgehoben wird."

5) Der Handlung des Eigentümers steht über § 254 Abs. Satz 2 iVm § 278 BGB das Verhalten des Gehilfen gleich; Wolff/Raiser, S. 202; a.M. Müller Erzbach, IherJb 73 (1923) S. 746.

6) RG 20.10.1924 JW. 1925 S. 474/475; Reinicke, Anm. zu LG Dortmund 26.9.1947 MDR 1947 S. 358/359.

7) Staudinger/Seufert, Nr. 918 Nr. 1; Soergel/Siebert/Baur, § 918 Nr. 1; Der erste Entwurf des BGB (§ 863) verlangte eine "unverschuldete Zugangsnot", verneinte also ein Notwegrecht, wenn der Eigentümer die Enklave vorsätzlich oder fahrlässig geschaffen hatte. Motive Bd. 3 S. 291. Zur Änderung des § 863 vgl. Protokolle Bd. 3 S. 149 ff. und Rüdenberg, S. 28.

8) LG Bielefeld, 10.11.1962 MDR 1963 S. 678; Rüdenberg, S. 27, 33.

9) Vgl. OLG Dresden 19.2.1920, Seuffa 75 (1920) Nr. 160.

III. Art. 694 Abs. 1, die einschlägige Bestimmung des ZGB, lautet:

"Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Straße, so kann er beanspruchen, daß ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen."

1) Die schweizerische Regelung spricht im Gegensatz zu Art. 682 CC und § 917 BGB zwar nicht ausdrücklich von der Ausnutzung des Grundstücks als Grundlage für die Zuerkennung eines Notwegrechts, doch ist nach allgemeiner Ansicht jene gleichwohl der Maßstab dafür, ob ein Notweg zu gewähren ist.¹⁾ Die Ausnutzung des Grundstücks muß der Natur und der Umgebung des Grundstücks entsprechen und rationell gehandhabt werden²⁾. Die Rechtsprechung stellt an diese Kriterien strenge Anforderungen³⁾. Nach Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts kann ein Notwegerecht nicht verlangt werden, um ein Auto in einem Hinterhaus unterstellen zu können⁴⁾ oder um die Zufahrt zu einem Wohnhaus zu ermöglichen⁵⁾.

Im Gegensatz zu dieser Praxis läßt ein höchstrichterliches Urteil aus dem Jahre 1967 ein auf Art. 694 ZGB gestütztes Zufahrtsrecht zu einem Wohnhaus zu. Begründung: Nach den heutigen Anschauungen erfordere ein bebautes Grundstück einen Zugang, der auch mit Kraftfahrzeugen benutzt werden kann⁶⁾.

1) Caroni-Rudolf, § 9 II.

2) Zivilgericht Basel-Stadt 27.11.1939 SJZ 37 (1940/1941) S. 219; Pittet, S. 108/109; Caroni-Rudolf, § 9 II.

3) BG 2.12.1954 BGE 80 II 311; BG 30.10.1958 BGE 84 II 614 mit zust. Anm. von Liver, ZbJV 95 (1959), S. 437/438; BG 28.5.1959 BGE 85 II 392.

4) BG 30.10.1958 BGE 84 II 614 mit zust. Anm. von Liver, ZbVJ 95 (1959) S. 437/438.

5) BG 28.5.1959 BGE 85 II 392; ferner Tribunal civil vaudois 25.6.1957 ZBGR 38 (1957) S. 270 ff. (273); vgl. auch Obergericht Appenzell-Außerrhoden 26.9.1961 SJZ 59 (1963) S. 306.

6) BG 28.4.1967 Praxis 56 (1967) Nr. 142 unter Berufung auf ein nicht veröffentlichtes Urteil vom 17.12.1965.

Was den fehlenden bzw. nicht genügenden Zugang zur öffentlichen Straße betrifft, so beurteilen ihn die schweizerischen Gerichte in gleicher Weise wie die französischen und die deutschen¹⁾. Abweichend von der französischen Praxis soll aber im Sinne von Art. 694 ZGB ein Weg dann nicht genügend sein, wenn er lediglich aufgrund einer prekäristischen Gestattung benutzt wird, da diese jederzeit widerrufen werden könne²⁾.

Die Beurteilung des Kriteriums Öffentlichkeit einer Straße richtet sich nach überwiegender Auffassung nach Bundesrecht³⁾. Hierdurch soll die einheitliche Anwendung des Notwegrechts gesichert werden.

2) Ebenso wie der CC regelt das ZGB nicht die Rechtsfolgen einer vom Eigentümer selbst hervorgerufenen Wegenot. Ältere Autoren halten bei dieser Sachlage grundsätzlich Art. 694 ZGB für anwendbar, schließen aber in Anlehnung an § 918 Abs. 1 BGB ein Notwegrecht aus, wenn der Eigentümer die Wegenot willkürlich verursacht hat.⁴⁾

1) Obergericht Glarus 22.11.1912 SJZ 9 (1912) S. 71; Regierungsrat Luzern 27.4.1918 SJZ 16 (1919/1920) S. 12; BG 20.9.1935 ZBl. 37 (1936) S. 140 ff.; Zivilgericht Basel-Stadt 27.11.1939 SJZ 37 (1940/1941) S. 218/219; BG 2.12.1954 BGE 80 II 311 (317); Obergericht Appenzell-Außerrhoden 26.9.1961 SJZ 59 (1963) S. 306. Vgl. auch H. Gmür, S. 173; Baumgartner, S. 21; Robichon, S. 208; Bosshart, S. 106.

2) Haab, Art. 694-696 Nr. 17; Baumgartner, S. 23; Bosshart, S. 106/107; Pittet, S. 108; vgl. auch BG 30.10.1958 BGE 84 II 614 (618); A.M. Robichon, S. 215.

3) BG 28.5.1959 BGE 85 II 392 (400); Haab, Art. 694-696 Nr. 16; Waldis, S. 169; Bosshart, S. 104; Pittet, S. 107.
Nach Leemann, Art. 694 Nr. 10, Stalder, S. 7, Baumgartner, S. 15 und Caroni-Rudolf, § 11, 2 ist ausschließlich kantonales Recht maßgebend.

4) Leemann, Art. 694 Nr. 18, 19; Haab, Art. 694-696 Nr. 19; Baumgartner, S. 26 ff.; ferner Waldis, S. 173/174; vgl. auch Regierungsrat Luzern 22.5.1920 SJZ 17 (1920/1921) S. 31. Nach Wieland (Art. 694 Nr. 7), der sich auf § 141 Züricher Privatrechtliches Gesetzbuch von 1887 bezieht, kann der Eigentümer auch bei selbstverschuldeter Wegenot einen Notweg beanspruchen, ist aber zur Entrichtung einer entsprechend höheren Entschädigung verpflichtet. Hiergegen mit überzeugenden Argumenten Caroni-Rudolf, § 18 III. Auch Pittet (S. 108) hält bei verschuldeter Wegenot Art. 694 ZGB für anwendbar.

Gegen die pauschale Übernahme des § 918 Abs. 1 BGB wendet sich neuerdings Karin Caroni-Rudolf. Sie löst das Problem unter Zuhilfenahme des Gebots von Treu und Glauben¹⁾, kommt aber auf diese Weise zu im wesentlichen gleichen Ergebnissen: Schafft der Eigentümer eine durch die Bewirtschaftung des Grundstücks nicht gerechtfertigte Wegenotsituation, so handelt er gegen Treu und Glauben und kann sich deshalb nicht auf Art. 694 ZGB berufen.

Anders als nach der deutschen Lehre soll jedoch der Rechtsnachfolger des treuwidrig handelnden Grundeigentümers nicht vom Ausschluss des Art. 694 ZGB betroffen sein, da sonst die Wegenot perpetuiert und damit der von dem Institut des Notweges verfolgte Zweck vereitelt würde²⁾.

B. Bestimmung des notwegpflichtigen Grundstücks

I. Wenn die in Art. 682 CC näher umschriebene Wegenot gegeben ist, entsteht zugunsten des von ihr betroffenen Eigentümers ein Notweganspruch. Welches Nachbargrundstück muß aber den Notweg aufnehmen?³⁾

- 1) Art. 2 Abs. 1 ZGB: Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln."
- 2) Caroni-Rudolf, § 18 III.
- 3) Sowohl die Privatpersonen als auch die zum domaine privé des Staates gehörenden Grundstücke können notwegpflichtig sein. Streitig ist aber, ob die Grundstücke des domaine public (öffentliche Sachen im engeren Sinne), die einer besonderen öffentlichrechtlichen Eigentumsordnung unterstellt sind, mit einem Notweg belastet werden können. Während der Conseil d'Etat, die oberste Instanz für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten diese Frage generell verneint (3.11.1933 S. 1934 III 41; 15.7.1955 Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1956 S. 649; 10.12.1954 Recueil des arrêts du Conseil d'Etat 1954 S. 658 und eine Anmerkung zu den zitierten Entscheidungen von Galabert und Gentot in l'Actualité juridique droit administratif 1961 S. 328/329), machen die Zivilgerichte die Entscheidung zu Recht davon abhängig, ob der Notweg im konkreten Fall mit der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung des Grundstücks vereinbar ist. Nur wenn er diese nicht beeinträchtigt, sei er zulässig. (Nancy 28.3.1885, 13.3.1886 Gaz. Pal. 1886 II 613; Cass. civ. 19.5.1926 S. 1926 I 230; Poitiers 21.7.1931 S. 1931 II 229; Cass. civ. 30.5.1932 Gaz. Pal. 1932 II 357). Letzterer Meinung ist auch die Lehre: Baudry-Lacantinerie, Nr. 1052; Colonna, S. 37; Josserand, Nr. 1980; Planiol/Ripert, Nr. 931; a.A. Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 243 S. 38: kein Notweg am domaine public.

1) In einer Reihe von Fällen lassen die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die Lage der Grundstücke erkennen, daß für die erforderliche Verbindung zur öffentlichen Straße nur ein Grundstück geeignet ist. Häufig sind hingegen mehrere Nachbarn imstande, der Wegenot abzuhelpfen. Wenn sich in diesen Fällen der wegenotleidende Eigentümer und die Nachbarn nicht auf ein Grundstück einigen, über das der Notweg führen soll, muß der Richter die Bestimmung der zu belastenden Liegenschaft vornehmen. Er ist gemäß Art. 683 Abs. 1 CC¹⁾ gehalten, den Durchgang in der Regel dort zuzusprechen, wo dieser von dem eingeschlossenen Grundstück zur öffentlichen Straße am kürzesten ist.

Das Prinzip der Kürze des Durchgangs ist jedoch für sich allein gesehen zu starr, und seine Anwendung kann in der Praxis zu unbilligen Ergebnissen führen, z.B., wenn die kürzeste Strecke ein Gebäude oder ein bepflanztes Feld schneidet. Es wird deshalb von Art. 683 Abs. 2 CC korrigiert²⁾. Danach soll der Durchgang dort genommen werden, wo er für den Nachbarn am wenigsten schädlich ist³⁾.

So ist z.B. das Grundstück notwegpflichtig, das zwar nicht wie ein anderes die kürzeste Wegstrecke bietet, das aber unbebaut ist und weniger Nivellierungsarbeiten erfordert.⁴⁾ Gleichwohl tendiert die Rechtsprechung dahin, in erster Linie die Interessen des wegebedürftigen Eigentümers zu betonen⁵⁾.

1) Art. 683 Abs. 1: "Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique."

2) Cass. civ. 17.10.1967 Bull. civ. 1967 I 227. Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 18; vgl. aber Carbonnier, S. 171, der Art. 683 Abs. 2 als primäres Kriterium ansieht.

3) Art. 683 Abs. 2: "Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins domageable à celui sur le fonds duquel il est accordé."

4) Cass. civ. 21.3.1955 Bull. civ. 1955 I 111; vgl. auch Cass. req. 7.5.1879 D. 1879 I 460; Nancy 30.10.1894 D. 1896 II 87; Cass. req. 14.4.1904 D. 1904 I 247; Cass. civ. 22.5.1962 Bull. civ. 1962 I 231.

5) Vgl. Cass. req. 14.4.1904 D. 1904 I 247; Cass. civ. 3.5.1930 S. 1930 I 291; Cass. civ. 29.6.1953 J. 597; Cass. civ. 26.10.1966 D. 1967 Somm. 58; Aubry/Rau (7) Bd. 3 Nr. 18; Duni, Gaz. Pal. 1968 I Doctrine 136.

2) Die Bestimmung des zu belastenden Grundstücks beurteilt sich anders, wenn die Wegenot infolge Teilung eines Grundstücks entsteht. Gemäß Art. 684 Abs. 1 CC¹⁾ erstreckt sich der Notweg auf die Grundfläche, die bisher die Verbindung mit dem öffentlichen Weg herstellte. Rechtsprechung²⁾ und herrschende Lehre³⁾ nehmen bei dieser Situation einen speziellen (vertraglichen) Notweganspruch an, dessen Rechtsgrund nicht das Gesetz sondern eine Art Gewährleistungspflicht der Vertragspartner ist⁴⁾.

Welche Konsequenzen sich aus dieser Auffassung für die Entschädigung, die Verjährung des Notwegrechts und den Wegfall der Wegenot ergeben, soll später untersucht werden⁵⁾.

Hier ist lediglich folgendes von Bedeutung: Art. 684 CC findet nur Anwendung, wenn die Enklave unmittelbare Folge des Teilungsvertrages ist⁶⁾. Wenn daher der Käufer einer Parzelle, die ehemals zu einem anderen Grundstück gehörte, diese weiterveräußert, ohne in der Zwischenzeit von seinem Verkäufer gemäß Art. 684 CC ein Notwegrecht beansprucht zu haben, kann sich der neue Erwerber nicht auf Art. 684 CC berufen. Es verbleibt vielmehr bei der Anwendung von Art. 682, 683 CC⁷⁾.

-
- 1) Art. 684: "Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat "(im französischen Recht bewirkt allein die Willensübereinstimmung die dingliche Rechtsänderung, ohne daß es noch eines Publizitätsaktes bedarf; vgl. Art. 1138 CC) "le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes." Die Vorschrift ist durch das Gesetz vom 20.8.1881 eingeführt worden. Die Rechtsprechung hatte aber schon vorher in diesem Sinne entschieden: Cass. req. 1.8.1861 S. 1861 I 945; Cass. req. 27.4.1868 D. 1868 I 337.
 - 2) Cass. Req. 6.1.1890 D. 1890 I 63; Limoges 11.12.1896 S. 1900 II 29; Cass. civ. 6.7.1961 S. 1961 Somm. 106.
 - 3) Beudant/Vorin, Nr. 540; Planiol/Ripert, Nr. 934; Ripert/Boulanger, Nr. 3115; Colin/Capitant, Nr. 100; a.A. Colonna, S. 98 ff.
 - 4) Diese Auffassung kam schon bei der Beratung des Gesetzes zum Ausdruck; vgl. den Rapport von Leroy D. 1882 IV. 9.
 - 5) Siehe Kap. 7 und 10.
 - 6) Cass. civ. 6.7.1961 D. 1961 Somm. 106.
 - 7) Cass. 6.7.1961 D. 1961 Somm. 106 und die absolut h.M., Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 18; a.A. Pau 31.1.1907 S. 1907 II 142 und Baudry-Lacantinerie, Nr. 1056.

Weiterhin greift Art. 684 CC nur bei einer freiwilligen Veräußerung ein. Diese wird verneint, wenn ein Teil eines Grundstücks nur deshalb verkauft wird, um einer mit Sicherheit erfolgenden Enteignung aus dem Wege zu gehen¹⁾.

Art. 684 Abs. 1 CC bleibt jedoch gemäß Art. 684 Abs. 2 CC²⁾ außer Betracht, falls auf dem anderen Grundstück ein ausreichender Weg nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten geschaffen werden kann, so, wenn zur Herstellung eines geeigneten Durchgangs ein Gebäude beseitigt werden müßte³⁾. In diesem Fall kann sich der wegebedürftige Eigentümer gemäß Art. 682 CC an einen anderen Nachbarn halten.

II. Im Gegensatz zum CC enthält das BGB - abgesehen von dem Art. 684 Abs. 1 CC entsprechenden § 918 Abs. 2 - keinen Maßstab für die Bestimmung des notwegpflichtigen Grundstücks⁴⁾.

1) Praxis und Lehre beachten folgende Gesichtspunkte: Der Notweg muß nicht über das Grundstück führen, auf dem die Verbindung zum öffentlichen Weg am kürzesten ist⁵⁾. Es ist auch nicht unbedingt der Weg allein maßgeblich, der ggfs. bisher von dem Eigentümer benutzt worden ist⁶⁾. Vielmehr ist unter Würdigung aller Umstände das Grundstück zu ermitteln, das bei Berücksichtigung sowohl der Interessen des Berechtigten als auch der des Belasteten für die Aufnahme des Notweges am geeignetesten ist⁷⁾. Meistens wird es

-
- 1) Alger 15.6.1867 S. 1868 II 180; Paris 18.11.1869 S. 1870 II 156; Lafage Gaz. Pal. 1960 II Doctrine 18.
 - 2) Art. 684 Abs. 2: " Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable."
 - 3) Cass. civ. 19.11.1962 Bull. civ. 1962 I 471; vgl. auch Orléans 26.11.1889 S. 1891 II 122 und Cass. civ. 6.11.1958 D. 1959 Somm. 11.
 - 4) Grundstücke der öffentlichen Hand sind nur insoweit notwegpflichtig, als nicht die öffentlichrechtliche Zweckbestimmung entgegensteht. Rüdénberg, S. 81; Meisner/Stern/Hodes, S. 495.
 - 5) BayOblG 30.4.1906 BayOblGE 7 (1907) S. 230 ff. (233).
 - 6) RG 30.3.1939 RGZ 160 S. 166 ff. (184-186).
 - 7) LG Verden 2.7.1957 MDR 1957 S. 547 (548); Meisner/Stern/Hodes, S. 495, 497.

das Grundstück sein, dessen Nutzung durch die Duldung des Wegezuges am wenigsten beeinträchtigt wird.

2) Der Grundsatz wird jedoch in dem Fall eingeschränkt, in dem die Wegenot infolge der Veräußerung eines Teils eines Grundstücks oder eines von mehreren, demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken, eintritt. Hier gilt die dem Art. 684 Abs. 1 CC entsprechende Regelung des § 918 Abs. 2 BGB, wonach die Notweglast grundsätzlich das Grundstück trifft, über das die Verbindung bisher stattgefunden hat¹⁾²⁾. Jedoch sind anders als nach Art. 684 Abs. 1 CC gemäß § 918 Abs. 2 BGB auch die Rechtsnachfolger der an der Teilung beteiligten Eigentümer an diese Regel gebunden³⁾.

III. In der Schweiz stellt Art. 694 ZGB für die Bestimmung des mit dem Notweg zu belastenden Grundstücks⁴⁾ eine detaillierte Regel auf.

Art. 694 Abs. 2 ZGB:

Der Anspruch richtet sich in erster Linie gegen den Nachbarn, dem die Gewährung des Notweges der früheren Eigentums- und Wegeverhältnisse wegen am ehesten zugemutet werden darf, und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich ist.

Art. 694 Abs. 3 ZGB:

Bei der Festsetzung des Notweges ist auf die beiderseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen.

-
- 1) Art. 918 Abs. 2: "Wird infolge der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Weg abgeschnitten, so hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Der Veräußerung eines Teiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken gleich." OLG Braunschweig 10.11.1911 OLG 26 (1913) S. 29 ff.
 - 2) § 918 Abs. 2 gilt auch, wenn eines der Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung erworben wird. RG 5.5.1938 RGZ 157 S. 305 ff. (309).
 - 3) Meisner/Stern/Hodes, S. 496 Fn. 82; Soergel/Siebert/Baur, § 918 Nr. 3.
 - 4) Die privatrechtliche Notwegpflicht trifft auch die der öffentlichen Hand gehörenden Grundstücke, allerdings mit der bereits angeführten Einschränkung aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten. Baumgartner, S. 31; Bosshart, S. 108; Pittet, S. 122; vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 664 Nr. 68 ff. und vorn S. 32 Fn. 4.

1) Hinsichtlich der Bedeutung der früheren Eigentumsverhältnisse für die Wahl des pflichtigen Grundstücks kann auf die Ausführungen zu der entsprechenden französischen und deutschen Bestimmung verwiesen werden, (Art. 684 Abs. 1 CC, § 918 Abs. 2 BGB). Mit der Berücksichtigung der bisherigen Wegeverhältnisse ist u.a. gemeint, daß im Falle der Verlegung einer öffentlichen Straße das Grundstück den Notweg aufnehmen soll, das am meisten von der Verlegung profitiert¹⁾. Maßgebend sind die früheren Wegeverhältnisse auch dann, wenn ein gegenüber Grundpfandrechten nachrangiges Wegerecht infolge einer Zwangsverwertung des Grundstücks gelöscht worden ist²⁾³⁾.

Auf die früheren Eigentums- und Wegeverhältnisse ist jedoch nur abzustellen, wenn der wegebedürftige Eigentümer den Weg aufgrund eines persönlichen oder dinglichen Wegerechts, nicht aber aufgrund einer prekaristischen Gestattung benutzt hat. Denn es widerspräche der Billigkeit, dem Nachbarn nur deshalb die Notwegpflicht aufzuerlegen, weil er bisher den Durchgang aus Gefälligkeit geduldet hat⁴⁾.

2) Kann nach den "früheren Eigentums- und Wegeverhältnissen" das pflichtige Grundstück nicht ermittelt werden, richtet sich der Anspruch "im weiteren" gegen den Nachbarn, "für den der Notweg am wenigsten schädlich ist." Welcher Weg den geringsten Schaden anrichtet, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

3) Die bisher genannten Kriterien haben nicht ausschließliche Geltung. Sie werden dadurch modifiziert, daß bei der Festsetzung des Notweges auf die beiderseitigen Interessen Rücksicht

1) Huber, Erläuterungen, S. 101; Robichon, S. 218.

2) Gemäß Art. 812 ZGB, Art. 141 Abs. 3 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889.

3) Haab, Art. 694-696 Nr. 11.

4) BG 30.5.1917 BGE 43 II 289; Obergericht Appenzell-Außer-rhoden 27.6.1927 SJZ 25 (1928/1929) S. 329/330; Appellationshof Bern 8.5.1929 ZbJV 66 (1930) S. 378 ff. Tribunal cantonal vaudois 25.6.1957 ZBGR 38 (1957) S. 270; Leemann, Art. 694 Nr. 26; Bosshart, S. 109.

genommen werden muß¹⁾). Diese Regel ermöglicht in den Fällen einen Ausgleich, in denen die Berücksichtigung der beiden anfangs erwähnten Kriterien zu einem unbilligen Erlebnis führen würde. Die Gerichte sind indes eher geneigt, die Interessen des pflichtigen Nachbarn als die des notwegbedürftigen Eigentümers zu berücksichtigen²⁾.

C. Art des Notweges

I. In strenger Auslegung des Wortlauts des Art. 682 CC entschied die Praxis³⁾ unter Billigung der Lehre⁴⁾ zunächst, daß das Notwegrecht nur das Begehen eines abgegrenzten Teils der Erdoberfläche (Weg) beinhalte. Unter Berufung auf Art. 682 CC könne weder ein unterirdischer Zugang noch eine Möglichkeit, mit Hilfe einer Luftseilbahn auf das abgeschlossene Grundstück zu gelangen, beansprucht werden.

Erst Anfang dieses Jahrhunderts löste sich ein unteres Gericht von dieser engen Auslegung und gestand einem Eigentümer eines in den Bergen liegenden Steinbruchs zu, diesen mit Hilfe einer über das Nachbargrundstück führenden Luftseilbahn auszubeuten⁵⁾. Es begründete seine Entscheidung mit dem - allerdings formalistische Argument, das Gesetz sage nicht "sur le sol", sondern "sur le fonds", was bedeute, daß auch eine Verbindungsmöglichkeit ober-

-
- 1) Auf die beiderseitigen Interessen ist ferner Rücksicht zu nehmen, wenn das pflichtige Grundstück feststeht, und es um Verlauf und Umfang des festzulegenden Weges geht. Baumgartner, S. 36; Caroni-Rudolf, § 13 III 3.
 - 2) Vgl. Tribunal cantonal vaudois 7.5.1953 SJZ 51(1955)S.299; BG 20.6.1960 BGE 86 II 235 ff.(241); Pittet, S. 119/120.
 - 3) Amiens 2.2.1854 D. 1854 II 232; Tribunal civil Bar-le-Duc 9.4.1884 D. 1887 II 47/48; Nancy 4.7.1885 D. 1887 II 47; Cass. req. 10.11.1891 D. 1892 I 83.
 - 4) Vgl. statt vieler Huc (Nr.394); a.A. Laurent, (Nr.90) unter Berufung auf eine zunächst vereinzelt gebliebene Entscheidung (Chambéry vom 10.1.1883 D.1883 II 175), wonach Art.682 CC auch einen unterirdischen Zugang zu einem Steinbruch deckt.
 - 5) Tribunal civil Saint-Jean de Maurienne 24.11.1904 D. 1906 II 37.

halb des Bodens (sol) tatbestandsmäßig sei. Im übrigen belaste diese Art der Ausübung des Notwegrechts das pflichtige Grundstück weniger als die Inanspruchnahme eines Weges.

1930 griff der Kassationshof diese liberale Ansicht auf und ließ mit im wesentlichen gleicher Begründung ein Notwegrecht für den Transport von Holz und Lebensmitteln mittels einer Seilbahn zu¹⁾. Einige Jahre später wurde unter Betonung der sozialen Funktion des Eigentums der Anwendungsbereich des Art. 682 CC erneut ausgedehnt²⁾. Unter Zustimmung der Lehre³⁾ entschied der Kassationshof, daß das Notwegrecht auch unterhalb der Erdoberfläche verlaufende Zuleitungen zu einem Grundstück umfasse, insbesondere die Zuführung von Gas, Wasser und Elektrizität⁴⁾. Seitdem ist in Frankreich feststehende Rechtsprechung, daß unter Berufung auf Art. 682 CC alle zur Bewirtschaftung eines Grundstücks erforderlichen Verbindungsmöglichkeiten, verlaufen sie oberhalb, auf oder unter der Erdoberfläche, verlangt werden können⁵⁾⁶⁾. Dieser Grundsatz ist in der Praxis besonders bedeutsam für die Verlegung von Versorgungsleitungen.

II) Die deutsche Rechtsprechung hat sich - von einer Ausnahme abgesehen- entsprechend entwickelt. Nachdem im Hinblick auf den von § 917 BGB selbst gebrauchten Ausdruck Notweg zunächst nur ein Weg im natürlichen Sinne als zulässige Verbindung mit dem öffentlichen Wegenetz angesehen wurde⁷⁾, erklärten die Gerichte bald die Vorschrift auch auf die Verlegung durch das

1) Cass. civ. 24.2.1930 S. 1930 I 297 mit Note von Béquignon - Lagarde.

2) Capitant, Les grands arrêts, S. 193.

3) Beudant/Voirin, Nr. 536; Ripert/Boulanger, Nr. 3117.

4) Cass. civ. 22.11.1937 D. 1938 I 62 mit Note von Voirin; vgl. auch die Anm. in Capitant, Les grands arrêts, S. 192 f.

5) Orléans 15.2.1960 D. 1960 Somm 66; Cass. civ. 3.12.1962 D. 1963 Somm. 54; Art. 682 umfaßt auch den unterirdischen Zugang zu einem Keller mit einer Champignonzucht. Cass. civ. 14.10.1963 D. 1964 J. 513 mit Note von Tallon.

6) Die zitierten Entscheide sind ein plastisches Beispiel für den Einfluss, den die Entwicklung von Wirtschaft und Technik auf die richterliche Auslegung von gesetzlichen Vorschriften hat. Vgl. Josserand, Etudes Capitant, S. 369.

7) OLG Köln Jahrb. d. dtsh. Rechts 3,1(1905) zu § 917; BayObLG 30.4.1906 BayObLGE 7 (1907) S.230 ff.(234); OLG Colmar 12.5.1908 DJZ 1909 Spalte 440. Weitergehend schon RG 8.11.1913 LZ 1914 Spalte 1768.

Nachbargrundstück führender Versorgungsleitungen und Abwasserkanäle für anwendbar¹⁾. Voraussetzung ist, daß die Leitung Anschluss an ein unter der öffentlichen Straße gelegenes Versorgungs- bzw. Kanalnetz hat²⁾.

Aufgrund vom § 917 BGB kann jedoch nicht die Duldung einer durch den Luftraum des Nachbargrundstücks geführten Seilbahn beansprucht werden³⁾.

III) Da das ZGB (Art. 691)⁴⁾ ein Leitungsrecht kennt, aufgrund dessen der Eigentümer zur Duldung der Durchleitung z.B. von Gasröhren und elektrischen Leitungen verpflichtet ist, beschränkt sich in der Schweiz die Diskussion um die Auslegung des Begriffs Notweg darauf, ob eine durch den Luftraum geführte Seilbahn unter Art. 694 ZGB fällt, oder ob Art. 691 ZGB anwendbar ist.

Nach neuerer Rechtsprechung⁵⁾ und Lehre⁶⁾ umfaßt Art. 694 ZGB

-
- 1) OLG Hamm 26.11.1924 SeuffA 79 (1925) Nr. 33; OLG Köln 24.11.1931. JW 1932 S. 1069; LG Weimar 29.6.1936 JW 1936 S. 3495; BGH 4.11.1959 LM § 917 Nr. 3; BGH 15.4.1964 LM § 917 Nr. 7; Gieseke, S. 115.
 - 2) BGH 4.11.1959 LM § 917 Nr. 3; AG Garmisch-Partenkirchen 8.6.1964 MDR 1966 S. 505/506.
 - 3) Bay. ObLG 30.4.1906 BayObLGE 7 (1907) S. 230 ff. (234). Zustimmend Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 34; Meisner/Stern/Hodes, S. 490; a.A. Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 11.
 - 4) Art. 691 Abs. 1: "Jeder Eigentümer ist gehalten, die Durchleitung von Brunnen, Drainierrohren, Gasröhren oder dergleichen sowie von elektrischen ober- und unterirdischen Leitungen gegen vorgängigen vollen Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu gestatten, insofern sich die Leitung ohne Inanspruchnahme seines Grundstücks gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten durchführen läßt."
 - 5) BG 17.5.1945 BGE 71 II 83 (85) mit Anm. von Knapp, JT 93 (1945) S. 518 ff.; vgl. aber Regierungsrat Luzern 29.4.1929 SJZ 26 (1929/1930) S. 328/329.
 - 6) Bosshart, S. 101/102; Pittet, S. 106; Caroni-Rudolf, § 10 I2; vgl. auch Robichon, S. 216/217. Abweichend Haab, Art. 694, 696 Nr. 20; Zürcher, S. 108; Waldis, S. 183; Neuenschwander, S. 438 weist darauf hin, daß die Frage des anwendbaren Rechts (Art. 691 ZGB oder Art. 694 ZGB) keine praktische Bedeutung habe, da die Regeln über die Voraussetzung und die Ausübung des Leitungs- und Notwegrechts übereinstimmen, und befürwortet deshalb de lege ferenda die Gleichstellung beider Rechte.

alle natürlichen und künstlichen Verbindungsmöglichkeiten zwischen Enklave und öffentlicher Straße , die dem Verkehr der Menschen dienen, aber auch den Transport von Gütern zulassen. Für die Duldung von Luftseilbahnen ist daher Art. 694 ZGB maßgebend.

4. Kapitel

Rechtsnatur und Entstehungsgrund des Notwegrechts

A. Im Code civil

I. Das Eigentum und seine Beschränkungen

Der CC behandelt das Notwegrecht als eine das Grundeigentum des Nachbarn einschränkende Befugnis im Titel "des servitudes ou services fonciers"(Art. 637 ff.). Diese zunächst rein äußerliche Zuweisung des Notwegrechts zu den Servituten, wobei Vorbild die coutumes waren, ist auch materiell von Bedeutung, wenn man den Rechtscharakter der eigentumseinschränkenden Bestimmungen analysiert.

Kernstück der Eigentumsnormen ist der berühmt gewordene Art. 544 CC:

"La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements,"

Diese allerdings unvollständige Begriffsbestimmung definiert auf der römischrechtlichen Eigentumskonzeption (uti, abuti, frui) aufbauend das Eigentum als das Recht, Sachen in der umfassendsten Weise zu nutzen und über die zu verfügen¹⁾. Gleichzeitig enthält aber die Legaldefinition, obwohl vor noch nicht langer Zeit die Revolution die "Unverletzlichkeit und Heiligkeit" des Individualeigentums bekundet hatte, die Erkenntnis, daß die Eigentumsbefugnisse im letzten doch nicht unbeschränkt ausgeübt werden können: der Gebrauch des Eigentums dürfe nicht gegen die Gesetze verstoßen. Die hierdurch dem Eigentümer gezogenen Grenzen lassen sich nicht dem Eigentumsbegriff selbst entnehmen; sie ergeben sich aus der Gesamtrechtsordnung.

Ein großer Teil der Schranken findet sich in dem schon anfangs genannten Titel über die Servituten. Diese zerfallen in drei Kategorien: servitudes qui dérivent de la situation des lieux (servitudes naturelles), servitudes établies par la loi (servitudes légales, Legalservituten), zu denen das Notwegrecht

1) Die negative Seite des Eigentums - das Ausschließungsrecht des Eigentümers - wird von Art. 544 CC nicht erwähnt.

gehört, und die servitudes établies par le fait de l'homme. Letztere entsprechen den Grunddienstbarkeiten des BGB und des ZGB.

Die beiden ersten Kategorien enthalten eine große Anzahl nachbarrechtlicher Vorschriften, die das BGB als gesetzliche Eigentumsinhaltsbestimmungen (Eigentumsbeschränkungen) behandelt. Diese Begriffe kennt der CC nicht; er faßt alle Grundeigentumsschranken, auch die vom Gesetz aufgestellten, unter den Dienstbarkeiten zusammen¹⁾, so z.B. Rechte und Pflichten hinsichtlich des Quell- und Regelwassers (Art. 641 - 645), das Einfriedigungsrecht (Art. 647 f.), Rechte und Pflichten an Grenzmauern (Art. 653 ff.), das Fenster- und Lichtrecht (Art. 675-680), das Traufrecht (Art. 681) und das Notwegrecht (Art. 682-685)²⁾.

1) Legalservituten als gesetzliche Eigentumsbeschränkungen

Die französische Rechtswissenschaft lehnt in ihrer Mehrheit die Normierung der nachbarlichen Beschränkungen des Grundeigentums als Dienstbarkeiten ab. Sie hat erkannt, daß der normale Inhalt des Eigentums nicht die schrankenlose Sachherrschaft ist,

- 1) Vgl. den Bericht von Berlier bei der Beratung des CC in Fenet, S. 304 und den Bericht von Faure in Fenet, S. 139.
- 2) Auffallend an dieser Regelung ist, daß der CC auch positive Leistungspflichten zum Gegenstand von Dienstbarkeiten macht, z.B. die Abmarkungspflicht und die Unterhaltungspflicht hinsichtlich der Grenzmauer. Diese Klassifizierung wird in der französischen Rechtswissenschaft schon seit langem bekämpft. Sie sei ein Mißgriff des Gesetzgebers und könne nicht aufrechterhalten werden. Positive Leistungspflichten seien keine dinglichen Rechte, sondern Gegenstand obligatorischer Rechtsverhältnisse.
(Servitus in faciundo consistere non potest; vgl. statt vieler Dabin, Rev. trim. civ. 1962, S. 37 mwN; s. auch die Kritik der modernen schweizerischen Doktrin; Liver, Festgabe Gutzwiller, S. 754). Eine auf Ripert (Thèse, S. 147 ff., 152, 153) zurückgehende Meinung bejaht die gesetzliche Ordnung der servitus in faciundo. - Auf diese dogmatische Streitfrage braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Sie wurde nur angeschnitten, um ein Bild von der eigentümlichen Regelung des Dienstbarkeitsrechts durch den CC zu vermitteln.

sondern die Sachherrschaft in den Schranken, die dem Eigentümer von den Gesetzen gezogen werden. Deshalb seien die Normen, die den Eigentümern aller Grundstücke Beschränkungen auferlegen, keine Belastungen in Gestalt von Dienstbarkeiten. Sie bestimmten vielmehr den normalen und regulären Inhalt des Grundeigentums. Vor allem Vertreter der klassischen Schule, namentlich Demolombe¹⁾, sowie Aubry und Rau²⁾, haben unter deutlicher Abgrenzung der Dienstbarkeit von der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung darauf hingewiesen, daß die Legalservituten des CC keine Dienstbarkeiten seien. Es fehle bei ihnen jegliche Idee eines herrschenden und eines dienenden Grundstücks. Sie würden vielmehr "le droit commun" des Eigentums bestimmen:

"ces dispositions (gemeint sind die Legalservituten) n'ont, en réalité, d'autre objet que de déterminer des limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du droit de propriété ou de concilier, au moyen d'une espèce de transaction, les intérêts opposés des propriétaires voisins."

Im gleichen Sinne spricht auch die von mehreren jüngeren Autoren wie z.B. den Gebrüdern Mazeaud immer wieder getroffene Feststellung, daß die Legalservituten nur "limitations générales" des Eigentumsrechts seien⁴⁾.

2) Legalservituten als Dienstbarkeiten

Entgegengesetzter Ansicht ist eine zahlenmäßig geringere aber beachtliche Meinung, die sich auf Planiol bezieht⁵⁾. Sie bejaht die vom CC aufgestellte Ordnung und behauptet, die Ansicht der herrschenden klassischen Schule beruhe auf einem Irrtum: ob eine Beschränkung des Eigentums dieses generell treffe und zu seinem normalen und regulären Inhalt gehöre,

1) Bd. 11, Nr. 8 ff., Bd. 12, Nr. 664.

2) 7. Aufl., Bd. 2, § 194 bis S. 281.

3) Aubry und Rau (6) Bd. 2, § 194, S. 281; vgl. auch von den älteren deutschen Autoren Barbo (S. 74 ff., 91 ff., 94), der namentlich dem Notwegrecht aus allerdings mehr formalistischen Gründen den Dienstbarkeitscharakter abspricht und in Art. 682 CC eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung in Gestalt einer obligatio in rem scripta sieht. Die hieraus dem Nachbarn obliegende Leistung bestehe nicht in der Einräumung einer Dienstbarkeit, sondern in einer praestatio itineris.

4) Nr. 1382, 1706.

5) Ripert, Thèse, S. 168 ff.; Rolland, S. 67; Planiol/Ripert, Nr. 905; Ripert/Boulanger, Nr. 2619, 3068, 3095.

oder ob sie bloß in seltenen Fällen aufgrund besonders gearteter Tatbestände aktuell werde, sei für ihre Rechtsnatur unerheblich. Der gleichen Wirkung von gesetzlicher Eigentumsbeschränkung und Dienstbarkeit entspreche auch eine rechtliche Identität.

3) Das Notwegrecht als Dienstbarkeit

Es dürfen jedoch nicht, wie es manchmal bei der dargestellten Streitfrage der Fall ist, alle nachbarrechtlichen Beschränkungen hinsichtlich ihrer Rechtsnatur über einen Kamm geschert werden.¹⁾ So kann beim Notwegrecht ohne weiteres von einem herrschenden und einem dienenden Grundstück gesprochen werden, nicht aber z.B. bei der Abmarkungspflicht und dem Rechtsverhältnis an gemeinsamen Mauern und Gräben. Hier beruht das Verhältnis auf Gegenseitigkeit; beide Nachbarn haben gleiche Rechte und Pflichten. Aubry und Rau erkennen denn auch diesen Unterschied an, indem sie Art. 682 CC ausdrücklich aus ihrer Lehrmeinung ausklammern, was bei anderen Autoren der herrschenden Meinung nicht der Fall ist²⁾. Nimmt man jedoch die Argumente, die die herrschende Meinung gegen die vom CC aufgestellte Ordnung ins Feld führt, und vergleicht damit die gesetzliche Regelung der Art. 682 ff. CC, so wird deutlich, daß jedenfalls dem Notwegrecht der Charakter einer Dienstbarkeit nicht abgesprochen werden soll³⁾. Gestützt wird dieser Schluss auch durch die heute vielfach verwandte Einteilung der Legalservituten in servitudes mutuelles und servitudes unilatérales, wobei nur letztere, zu denen einheitlich der Notweg gezählt wird, als eigentliche Dienstbarkeiten anerkannt werden⁴⁾⁵⁾.

-
- 1) Mourlon, Nr. 1665; Acollas, S. 53; Seng, S. 78; Förtsch, S. 88; Julliot de la Morandière, Nr. 53, 54; zu pauschal auch Zachariae/Crome, S. 489/490.
 - 2) Colin/Capitant, Nr. 77, 328; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1382, 1706, S. 1386 nach Nr. 1731.
 - 3) Duranton, Nr. 146, 299; Demolombe, Bd. 12, Nr. 636; Taulier, S. 425; Capitant, Rev. crit. lég. jur. 1900, S. 158, Fn. 1; Baudry-Lacantinerie, Nr. 215, 216; Demogue, Nr. 73; vgl. auch Chenon, S. 160 Fn. 1.
 - 4) Josserand, Nr. 1486; Fournier, Servitudes Nr. 32; Carbonnier, Nr. 51, 52; sehr deutlich auch Bequé in einer Note zu Chambéry 6.2.1951 J.C.P. 1961, II 6311.
 - 5) Eine vermittelnde Meinung vertreten Beudant/Voirin (Nr. 562 ff.): Das Notwegrecht sei einerseits eine Dienstbarkeit, doch habe es andererseits auch den Charakter einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung (nature hybride). Es seien daher beide Elemente

Aus dem Servitutencharakter des Notwegrechts folgt, daß das Dienstbarkeitsrecht anwendbar ist. Inwieweit dies nur als Grundsatz gilt, und welche Ausnahmen gemacht werden, soll an einzelnen Beispielen in den nächsten Kapiteln untersucht werden.

II. Entstehung des Notwegrechts

1. Ansicht der Literatur

Streit besteht in der französischen Rechtsliteratur auch darüber, ob das Notwegrecht und damit die Duldungspflicht bei Eintritt der Wegenot eo ipso entsteht, oder ob der Berechtigte nur einen Anspruch gegen den Nachbarn auf Einräumung eines Durchgangsrechts hat, und dementsprechend der Notweg erst aufgrund eines von den Parteien geschlossenen Vertrages bzw. eines Urteils entsteht. Mit anderen Worten: Ist Rechtsgrund für die Duldungspflicht das Gesetz oder erst ein Vertrag oder Urteil?

Der Wortlaut des Art. 682 CC: "... est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage..." spricht für die letztere Auslegung¹⁾. Die gesetzliche Klassifizierung des Notwegrechts als Legalservitut in Gegenüberstellung zu den gewillkürten Servituten, sowie die Tatsache, daß im Gesetz weder von einem Vertrag noch einem Urteil die Rede ist, unterstützt die zuerst genannte Deutung.

Die bereits angesprochene und auch von der Doktrin zugestandene unglückliche und widerspruchsvolle Systematik hinsichtlich der nachbarlichen Grundeigentumsbeschränkungen macht es denn auch der Wissenschaft und Praxis schwer, wenn nicht sogar unmöglich, eine dogmatisch klare wie auch praktisch befriedigende Lösung für die Entstehung des Notwegrechts zu finden.

Forts.Fn.5 S. 42

zu berücksichtigen und von Fall zu Fall zu prüfen, ob das Dienstbarkeitsrecht angewendet werden könne z.B. hinsichtlich der Publizität oder der Untergangsgründe.

1) Neuenschwander, (S.389,393) für Art. 682 CC a.F.(...peut réclamer un passage).

a) Vertrag bzw. Urteil als Entstehungsgrund

Nach einer Mindermeinung der älteren Literatur entsteht das Notwegrecht erst aufgrund eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten abgeschlossenen Vertrages oder, falls sich die Parteien nicht einigen können, aufgrund einer richterlichen Entscheidung. Diese Ansicht, die insbesondere von Baudry-Lacantinerie vertreten wird, unterscheidet zwischen dem Recht auf die Servitut und der Servitut selbst:

" la loi n crée pas, à vrai dire, la servitude, elle ouvre un droit à la servitude; la faculté d'en réclamer l'établissement, et elle détermine les conditions requises à cet égard; lorsque ces conditions existent le propriétaire du fonds enclavé est libre d'user ou de ne pas user de la faculté qui lui appartient, mais il n'a pas encore de servitude sur l'héritage voisin; la servitude elle-même, le droit de servitude, naît seulement le jour où l'on a déterminé l'assiette du passage et son mode d'exercice, soit à l'aide d'un règlement conventionnel ou judiciaire, soit comme conséquence de la prescription."

Vertrag bzw. Urteil kommen nach dieser Meinung konstitutive Bedeutung zu.

Vor Baudry-Lacantinerie hat Anfang des 19. Jahrhunderts schon Duranton³⁾ erkannt, daß der Entstehung des Notwegrechts eine "simple obligation de voisinage", den Weg einzuräumen vorausgeht. Auch für Capitant⁴⁾ enthält Art. 682 CC nur die Verpflichtung des Nachbarn, dem vom öffentlichen Wegenetz abgeschlossenen Eigentümer einen Notweg einzuräumen. Das Notwegrecht als dingliches Recht sei erst die Folge der Durchsetzung dieses Anspruchs⁵⁾. Der gleichen

1) Unrichtig Pittet (S.27) , der diese Ansicht für die hM hält.

2) Baudry-Lacantinerie, Nr. 1050.

3) Nr. 431; vgl. auch Vazeille, Nr. 409.

4) Rev. crit. lég.jur. 1900, S. 157, 158, 161.

5) Ähnlich äußert sich zu Art. 682 CC auf deutscher Seite Münter. Offenbar in Anlehnung an das gemeine Recht meint er (S. 23, 24, 50): Der Eigentümer sei zu der Forderung berechtigt, daß ihm ein Durchgang gewährt werde. Dieser habe rechtlich die Gestalt einer notwendigen Servitut.

Ansicht sind auch Naquet¹⁾ und Demogue²⁾. Von den heutigen Autoren kann lediglich Viatte, und auch dieser nur unter Vorbehalt, zu dieser Meinung gerechnet werden. Er spricht in seinem *Traité général du notariat* ohne nähere Begründung vom caractère mixte des Notwegrechts: einerseits beruhe es auf dem Gesetz, andererseits sei aber der Vertrag über seine Ausübung ein konstitutiver Akt³⁾.

b) Gesetz als Entstehungsgrund

Die heute und schon seit jeher herrschende Meinung⁴⁾ macht keinen qualitativen Unterschied zwischen dem Anspruch auf die Notwegservitut und der Notwegservitut selbst⁵⁾. Wenn die gesetzliche Voraussetzung des Art. 682 CC - die Wegenot - eintrete, entstehe das Notwegrecht unmittelbar kraft Gesetzes, unabhängig von einer vertraglichen oder gerichtlichen Regelung. Die Vereinbarung über die Modalitäten des Notweges habe nur deklaratorischen Wert; sie sei "l'aménagement" der Servitut. Charakteristisch ist die immer wieder verwendete Formulierung:

"La servitude de passage existe de plein droit. Elle est en effet directement établie par la loi au profit des fonds enclavés...à défaut d'entente entre les parties, le juge doit intervenir pour déterminer l'assiette de la servitude ainsi que l'indemnité due, mais la servitude elle-même préexiste à cette détermination."⁶⁾

-
- 1) Urteilsanm. S. 1902 I 497 hinsichtlich der dem Notwegrecht ähnlichen servitude légale de passage pour les eaux aufgrund des Gesetzes vom 10.6.1854.
 - 2) Nr. 73: Verpflichtung, den Notweg einzuräumen, ist ein Quasikontrakt.
 - 3) Servitudes Nr. 7 ff., 108.
 - 4) Josserand, Nr. 1982; Beudant/Voirin, Nr. 533; Planiol/Ripert, Nr. 930; Friedel, Nr. 216; Ripert/Boulanger, Nr. 3117; Marty/Raynaud, Nr. 287; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1385. Vgl. auch Morel, S. 119.
 - 5) Auch die Neufassung des Art. 682 CC, die u.a. die Worte "...peut réclamer..." durch "...est fondé à réclamer..." ersetzt hat, ändert nichts an dieser Auffassung; vgl. Aubry/Rau (7) Bd. 3, Nr. 21.
 - 6) Planiol/Ripert, Nr. 930.

Bis zur Konkretisierung eines bestimmten Notweges durch Vertrag oder Urteil seien alle Nachbargrundstücke mit der Möglichkeit belastet, daß ihnen ein Notweg auferlegt werden könne.¹⁾

Einerseits entsteht das Notwegrecht unmittelbar mit Eintritt der Wegenot, andererseits besteht aber erst dann eine eigentliche, eine ausüb bare Dienstbarkeit, wenn Art und Richtung und ggfs. weitere Modalitäten festgelegt sind²⁾.

Angesichts dieser unklaren Aussage hat die herrschende Meinung Schwierigkeiten, den Zustand rechtlich zu charakterisieren, der vom Eintritt der Wegenot bis zum "aménagement" der Notwegservitut herrscht. Es wird von einem "droit à la servitude" gesprochen, worunter aber nicht, wie bei Baudry-Lacantinerie der Anspruch auf Begründung einer Servitut verstanden wird, sondern ein "droit à l'état abstrait" oder "à l'état latent".³⁾ Diese Erklärung befriedigt nicht, denn so gesehen stellt sich der "droit à la servitude" - als diffuses Recht, als ein Recht ohne eigentlichen Inhalt dar.

c) Vermittelnde Meinung

Bemerkenswert ist die zwischen beiden Meinungen vermittelnde Ansicht von Carbonnier⁴⁾. Die Legal servitut und speziell das Notwegrecht sei "successivement légale et conventionnelle (ou judiciaire)". Dies komme sehr deutlich bei der Regelung der Publikation zum Ausdruck, indem nämlich nur die vertragliche Regelung, nicht aber der "droit à la servitude" publiziert werden müsse. Zur Unterstützung seiner Auffassung beruft sich Carbonnier ausdrücklich auf Art. 1032 Codice civile, eine Norm, des Grunddienstbarkeitsrechts, die vorbildlich und dogmatisch einwandfrei zwischen dem Anspruch auf die Servitut und der Servitut selbst unterscheidet.⁵⁾

1) Beudant/Voirin, Nr. 536,

2) Josserand, Nr. 1982; Beudant/Voirin, Nr. 533; Planiol/Ripert, Nr. 930; Friedel, Nr. 216; Ripert/Boulanger, Nr. 3117; Marty/Raynaud, Nr. 287; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1385.

3) Savatier, Rép.not., S. 662/663,

4) Carbonnier, Nr. 56, S. 184/185.

5) Art. 1032 ff. Codice civile regeln die zwangsweise bestellten Dienstbarkeiten (servitù coattive). Sie entsprechen den Legal servituten des CC; vgl. die Ausführungen am Ende dieses Kapitels.

Dennoch zieht Carbonnier aus dem von ihm zitierten Beispiel nicht die richtige Konsequenz, indem er Vertrag bzw. Urteil die konstitutive Wirkung abspricht, was aber gerade nach Art. 1032 Codice civile der Fall ist¹⁾.

Insoweit stellt sich Carbonnier auf den Boden der herrschenden Meinung, obwohl sich gerade durch den Vergleich mit dem italienischen Dienstbarkeitsrecht ein geeigneter Ansatzpunkt ergeben hätte, die herrschende französische Dogmatik zu überprüfen.

2) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung steht auf dem gleichen Standpunkt wie die herrschende Meinung. Auch für sie entsteht das Notwegrecht "de plein droit."²⁾

In der Praxis bestätigt sich, wie unbefriedigend diese Auffassung von der Entstehungsweise des Notwegrechts ist, und welche Schwierigkeiten die Judikatur hat, gewisse mit der Entstehung und Ausübung des Rechts zusammenhängende Fragen zu lösen. Darauf soll im einzelnen in den nächsten Kapiteln eingegangen werden.

Hingewiesen sei an dieser Stelle nur auf die Unsicherheit der Rechtsprechung bei der Beurteilung der Frage, ob die Benutzung des Nachbargrundstücks schon vor Abschluss des die Modalitäten regelnden Vertrages und vor Leistung der Entschädigung rechtmäßig ist.

1) Branca, Art. 1032 Nr. 1 ff., 3.

2) z.B. Civ. 15.5.1950, D. 1950 J. 482. Einen gegenteiligen Standpunkt haben jedoch deutsche Gerichte bei der Anwendung des Art. 682 CC vertreten: durch Art. 682 CC sei lediglich das Recht auf eine näher zu regulierende Wegerechtigkeit, nicht aber die Wegerechtigkeit selbst gegeben. Diese entstehe vielmehr erst durch gütliche Übereinkunft oder richterlichen Spruch. Königlicher Rheinischer Appellationsgerichtshof Köln 27.3.1839 Rh.A. 28 I 184 (187), 24.12.1861 Rh. A. 56 I 161, 29.1.1863 Rh.A. 57 I 176; ebenso KG 29.5.1884 Rh.A. 75 III 70 (72); im Sinne der franz. Rechtspr. jedoch OLG Köln 15.3.1895 Rh.A. 88 I 273 (274); weitere Nachweise bei Preuß PuchZ 33 (1903) S.627 ff.

Nach älteren Urteilen des Kassationshofes kann der wegenotleidende Eigentümer vor Festlegung der Richtung des Weges sowie vor Zahlung der Entschädigung das Nachbargrundstück überqueren. Daraus folgt, daß er nicht nach Art. R. 26 Nr. 13 Code pénal, der das unbefugte Betreten eines fremden Grundstückes unter Strafe stellt, strafbar ist. Falls er jedoch einen Schaden anrichtet, bleibt er dem Nachbarn zivilrechtlich verantwortlich¹⁾. Aufgrund neuer Entscheidungen ist jedoch jede Benutzung des Nachbargrundstücks vor der vertraglichen Regelung des Notweges rechtswidrig und begründet, falls sie zu einem Schaden führt, Ersatzansprüche. Außerdem steht dem Nachbarn in diesem Fall die possessorische Klage zu²⁾³⁾.

B. Im Bürgerlichen Gesetzbuch

I. Das Eigentum und seine Beschränkungen

Das BGB behandelt das Notwegrecht im Abschnitt "Eigentum" unter dem Titel "Inhalt des Eigentums". Neben der Regelung des Notwegrechts enthält dieser Titel u.a. Vorschriften über die Duldung von Immissionen (§ 906), die verbotene Vertiefung eines Grundstücks (§ 909) und das Überbaurecht (§ 912 ff.). Das Eigentum selbst wird vom BGB nicht definiert. § 903 umschreibt lediglich seinen Inhalt, sowohl nach der positiven als auch nach der negativen Seite. Die grundsätzlich unbeschränkte Ausübung der Eigentumsbefugnisse steht auch nach deutschem Recht unter einem Vorbehalt: "... soweit nicht das

- 1) Cass. crim. 2.5.1861, S. 1862 I 108; Cass. crim. 7.5.1879, D. 1879 I 460; Cass. crim. 27.12.1884, D. 1885 I 219/220; Cass. crim. 26.10.1934, D. 1934 J. 542; so auch der belg. Kassationshof 17.10.1859 Pasicrisie 1859 I 361. Vor deutschen Gerichten schloss dagegen anfänglich die Berufung auf Art. 682 CC wegen der von ihnen vertretenen Auffassung über die Entstehungsweise des Notwegrechts eine Bestrafung wegen unbefugten Betretens eines fremden Grundstücks (§ 368 Ziff. 9 StGB) nicht aus. KG 29.5.1884 Rh. A. 75 III 70 (72). Später änderte sich die Rspr. im Sinne der franz. Praxis. ROHG 12.9.1873 Entscheid. des Reichsoberhandelsgerichts 11 (1874), S. 28; OLG Köln, 15.3.1895 Rh.A. 88 I 273.
- 2) Cass. civ. 22.1.1922 D. 1925 I 68; Cass. civ. 15.5.1950 D. 1950 J. 482; vgl. auch Aubry/Rau, (7) Bd. 3, § 243, S. 43.
- 3) Näheres zur possessorischen Klage in Kap. 8.

Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen!"¹⁾

Anders als der CC normiert das BGB die generellen Schranken, von denen oben einige genannt wurden, jedoch im Abschnitt über das Eigentum.

Bei der Einbeziehung des Notweg- wie im übrigen auch des Überbaurechts in den Kreis der eigentumsinhaltsbestimmenden Normen hat der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigt, daß diese Rechte nur in außerordentlichen Fällen, in Notlagen in Erscheinung treten und jeweils nur das Eigentum eines Grundstücks einengen, während die übrigen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen (z.B. Verbot der Vertiefung) alle Grundstücke gleichermaßen betreffen. Diese mangelnde Differenzierung führt - wie im Folgenden aufgezeigt wird - bei der Anwendung des § 917 BGB zu vielen Streitfragen und manchen unbilligen Ergebnissen.

Das Sachenrecht des BGB weist zur Lösung nachbarlicher Konflikte zwei Rechtsinstitute auf: die gesetzliche Eigentumsbeschränkung und die Dienstbarkeit. Notwendige und Legal-Servituten, wie sie im gemeinen Recht bzw. französischen Recht vorgesehen sind, kennt das BGB nicht.

II. Rechtsnatur und Entstehungsgrund des Notwegrechts

1) Ältere Literatur

Unter Hinweis auf die vom Gesetz vorgenommene Gruppierung des Notwegrechts unter die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen wurde in der nach Erlaß des BGB geführten Diskussion in der Literatur allgemein anerkannt, daß das BGB mit der im gemeinen und preußischen Recht herrschenden Auffassung vom Notwegrecht als einer vom Richter zu bestellenden Servitut gebrochen habe.²⁾ Mit der Normierung des Notweges als nachbarrechtlicher Eigentumsschranke sei das BGB - so geradezu pathetisch Gierke und Kohler - zu alten deutschrechtlichen Traditionen zurückge-

1) § 903 BGB. Zu den in den §§ 903 ff. BGB zum Ausdruck gelangenden einander widerstreitenden Ideen der Eigentumsfreiheit und der Eigentumsbeschränkungen vgl. Wieacker, Wandlungen, S. 72.

2) Motive, Bd. 3, S. 292: "...dieses Recht wird nicht etwa durch einen Urteilsspruch des Richters erst begründet."

kehrt¹⁾. Die Vorstellung, daß der Nachbar einem vom Weg abgeschlossenen Eigentümer mit einem Weg aushelfen müsse, wurzele in der urgermanischen Genossenschaftsidee. Die jetzige Regelung entspreche älterem deutschen Recht.

Der Vergleich mit dem älteren deutschen Recht beweist jedoch die Unhaltbarkeit dieser sehr allgemein formulierten Aussage. Das geltende Notwegrecht hat seinen Voraussetzungen und seiner Funktion nach nichts Gemeinsames mit den historischen, aus der genossenschaftlichen Ordnung entspringenden gegenseitigen Zugangs- und Überfahrtsrechten. Das Bedürfnis nach einem dem heutigen Notwegrecht entsprechenden Recht machte sich außer bei den Einzelhöfen erst nach der Abschaffung des Flurzwanges und der Auflösung der genossenschaftlichen Bindungen geltend. Die mit diesem Recht korrespondierende Duldungspflicht verstand sich auch nicht als Eigentumsinhaltsbestimmung, sondern war Gegenstand einer Ausnahmeregelung und mußte im Einzelfall dem Nachbarn durch konstitutiven Einzelakt auferlegt werden.²⁾

a) Die überwiegende Mehrheit in der Literatur interpretierte den Notweg - ein Teil von ihr unter ausdrücklichem Hinweis auf deutschrechtliche Quellen - als gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Das Notwegrecht stelle sich nicht als ein auf dem Nachbargrundstück lastendes beschränktes dingliches Recht in Form einer Dienstbarkeit dar, sondern sei - von der Seite des verpflichteten Nachbarn betrachtet - die Aktualisierung einer seinem Grundeigentum kraft objektiven Rechts innewohnenden Schranke. Deshalb könne es auch nicht im Grundbuch eingetragen werden.³⁾

Die mit dem Notwegrecht korrespondierende Duldungspflicht des Nachbarn entsteht nach dieser Meinung mit dem Eintritt der Zugangsnot in voller Dinglichkeit. Das in § 917 BGB geforderte Verlangen der Duldung ist nicht Voraussetzung für die Entstehung

1) Nach O. von Gierke (S. 347) ist durch das gemeine Recht das "deutschrechtliche Wesen des Notweges verdunkelt worden."

2) Naendrup, S. 28; Buch, S. 41/42; vgl. Kap. 2 B.

3) So besonders Endemann, S. 352.

der Duldungspflicht, sondern schon die Ausübung des Notwegrechts selbst¹⁾. Der Eigentümer kann, wenn er in Wegenot gerät, sogleich das Nachbargrundstück passieren. Der Vertrag bzw. das Urteil, wodurch der Weg und die Modalitäten der Ausübung des Rechts festgelegt werden, haben nur deklaratorische Bedeutung. Dieser Konstruktion des Notwegrechts geben auch die Motive den Vorzug²⁾.

b) Es mangelte jedoch nicht, besonders in den ersten Jahren nach Einführung des BGB, an Versuchen im Schrifttum, für das Notwegrecht eine andere rechtliche Konstruktion zu entwickeln. Die Autoren wollten der Tatsache gerecht werden, daß bei Eintritt der Zugangsnot das zu belastende Grundstück in einer Reihe von Fällen noch nicht feststeht und der Notweg deshalb häufig erst durch Vertrag oder Urteil seine eigentliche Gestalt gewinnt.

Vom Wortlaut des § 917 BGB ausgehend, "kann der Eigentümer von den Nachbarn verlangen, daß sie ... die Benutzung ihrer Grundstücke dulden," sieht Kraft im Notwegrecht eine lediglich obligatorische Benutzungsbefugnis.³⁾ Um jedoch zu erreichen, daß es auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des pflichtigen Grundstücks wirkt, will er es in Analogie zum jus ad rem behandelt wissen.⁴⁾ Falls es zu einem Prozeß komme, erfolge die Bestellung des Notwegrechts durch Richterspruch.

Letztere Interpretation des § 917 BGB, die sich an die im gemeinen Recht praktizierte Regelung anlehnt, findet sich mehr oder weniger ausgeprägt noch bei anderen Autoren, so besonders bei Müller⁵⁾. Der Notweg wie auch der Überbau nähmen als "notwendige Servituten" eine Mittelstellung zwischen den "nur auf dem Gesetz beruhenden Nachbarrechten" (womit er die übrigen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen außer Überbau und

1) Biermann, § 917 Nr. 2; Dernburg, S. 237; Planck/Strecker, § 917 Nr. 2a; Gierke, S. 438/39; Wolff, S. 177; Karding, S. 409; Crome, S. 294; Sonnenfeld, S. 30; Bay. ObLG 25.5.1906; Bay. ObLGE 7 (1907), S. 286 (294); KG 1.7.1909 Recht 13 (1909) S. 346; RG 30.3.1939 RGZ 160 S. 166 (179, 186).

2) Bd. 3, S. 291.

3) S. 342, 343. Ähnlich, aber ohne Begründung auch Kretzschmar, S. 428. Diese Möglichkeit wird von Buch (S. 83) erörtert, aber verworfen; dagegen auch Rüdenberg, S. 37 ff.; vgl. auch Planck/Strecker, § 917, Nr. 2a.

4) Das jus ad rem, ein Rechtsinstitut des ALR, das bewußt nicht in das BGB übernommen wurde, wirkte, obwohl es kein dingliches Recht war, gegenüber Erwerbern der pflichtigen Sache.

5) S. 97.

Notweg meint) und den Grunddienstbarkeiten ein.

Kennzeichnend für die Notwegservitut sei, daß das Gesetz nicht unmittelbar das Recht selbst verleihe, sondern nur die Verhältnisse bestimme, unter welchen die Bestellung einer Grunddienstbarkeit verlangt werden könne.¹⁾²⁾

Oberneck sieht in § 917 BGB ein Dienstbarkeitsverhältnis³⁾ und folgert daraus die Eintragbarkeit des Notwegrechts. Ferner sind noch Monich⁴⁾ und Hallbauer⁵⁾ zu nennen, die im Notwegrecht eine Legalservitut sehen, die nach Hallbauer mit Eintritt der Wegenot, nach Monich aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Einräumung entsteht.

Andere Autoren betrachten das Notwegrecht zwar als gesetzliche Eigentumsbeschränkung, legen aber dem richterlichen Urteil, das "erforderlichen Falles" ergeht, konstitutive Wirkung zu. Damit wird implicite zugegeben, daß das Notwegrecht jedesmal, wenn es zu einem Rechtsstreit kommt, nicht unmittelbar mit Eintritt der Wegenot entstanden ist, sondern erst durch den Richter konstituiert werden muß. Hier ist namentlich Cosack aufzuführen: "...muß das Gericht die Notweglast durch konstitutives Urteil auferlegen, wenn kein Vergleich der Parteien darüber zustandekommt."⁶⁾

-
- 1) Müller nennt diesen Tatbestand eine "gesetzliche Nötigung". Ähnlich auch Roettgen, S. 47; vgl. auch Landsberg, S. 642, 644.
 - 2) Mit dieser Auffassung setzt sich Müller jedoch einige Seiten weiter in Widerspruch, indem er einem ggfs. zu erlassenden Urteil deklaratorische Bedeutung zulegt (S. 103).
 - 3) S. 646; so auch Lehmann, S. 68; Turnau/Förster, § 917 Nr. 1 und Goldmann/Lilienthal, S. 58.
 - 4) JJB 1898, S. 177.
 - 5) S. 102.
 - 6) S. 195. Ebenso Gerber/Cosack, S. 240 Fn. 6 zu dem § 917 BGB entsprechenden § 830 des 2. Entwurfs von 1895. Endemann, S. 484 Fn. 33 mit der irrigen Feststellung, daß seine Auffassung Allgemeinheit der Lehre sei. Kraft, S. 342, 344 mit der unzutreffenden Bemerkung, daß sich das BGB insoweit der Praxis des gemeinen Rechts angeschlossen habe. Vgl. auch OLG Braunschweig 23.8.1900; Seuff A 56 (1901) S. 267/268. Nach Roettgen, (S. 47) konstituiert das Urteil nicht schon den Notweg, sondern gibt dem Berechtigten lediglich einen persönlichen Anspruch auf Bestellung einer Notwegdienstbarkeit.

2) Ansicht von Rüdenberg

Während die bisher genannten Autoren ihre von der herrschenden Meinung abweichenden Ansichten überhaupt nicht oder bestenfalls nur spärlich begründen, befaßt sich Rüdenberg in seiner 1905 erschienenen Dissertation eingehend mit dem Rechtscharakter des Notwegrechts¹⁾. Er ist der Ansicht, daß der Notwegberechtigte erst dann das Nachbargrundstück zur Herstellung der erforderlichen Verbindung benutzen darf, wenn, wie § 917 BGB es ausspricht, die Richtung des Notweges und der Umfang des Benutzungsrechts bestimmt sind. Hiervon ausgehend sieht Rüdenberg im Notwegrecht nicht wie die überwiegende Meinung ein einziges vom Beginn bis zum Ende der Wegenot bestehendes Rechtsverhältnis, sondern zwei Befugnisse verschiedener Natur: die Befugnis des Berechtigten vor und nach der Bestimmung des Notweges.

Vor der Bestimmung des Notweges habe der wegebedürftige Eigentümer ein Recht des rechtlichen Könnens (Kannrecht), womit Rüdenberg unter Bezugnahme auf Zitelmann²⁾ ein Gestaltungsrecht meint. Aus der Ausübung des Kannrechts, die in der Abgabe einer auf die Bestimmung des Notwegs gerichteten einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung oder der Erwirkung eines diese Bestimmung vornehmenden Urteils bestehe, resultiere die andere Befugnis. Diese habe den Charakter einer Grunddienstbarkeit und sei im Gegensatz zu den gewillkürten Dienstservituten als gesetzliche Grunddienstbarkeit zu bezeichnen.

Das Notwegrecht als Befugnis, das Nachbargrundstück zu überqueren, entsteht also nach Rüdenberg (erst) durch die Abgabe einer einseitigen Willenserklärung bzw. durch Urteil.

Der von Rüdenberg konsequent durchdachten Auffassung von der rechtlichen Gestalt und Entstehungsweise des Notwegrechts ist Willkürlichkeit und mangelnde Vereinbarkeit mit dem Gesetz vorgeworfen worden: § 917 BGB spreche nur von einer einzigen Befugnis, nämlich dem Verlangen nach Duldung der Benutzung des

1) S. 35 ff., 68 ff.

2) Zitelmann unterteilt die subjektiven Privatrechte in Rechte des rechtlichen Dürfens (absolute Rechte), des rechtlichen Sollens (Obligationen) und Rechte des rechtlichen Könnens (Gestaltungsrechte), S. 42, 43, 45.

nachbarlichen Grundstücks vom Eintritt der Wegenot bis zu deren Beendigung, und nicht von zwei verschiedenen Befugnissen¹⁾. Dieser Ansicht muß jedoch zugunsten Rüdenbergs entgegengehalten werden, daß § 917 selbst eine Bestimmung des Notwegs durch Urteil erwähnt, und es insofern naheliegt, von einer Phase vor und einer Phase nach der Bestimmung zu sprechen. Ein qualitativer Unterschied zwischen beiden Phasen ist jedoch nur anzuerkennen, wenn das Urteil konstitutive Wirkung hat. Ist dies der Fall, kann der Eigentümer, da die gerichtliche Entscheidung das Recht erst schafft, das Nachbargrundstück erst ab Rechtskraft des Urteils passieren. Die Frage ist aber bis heute noch streitig. Sie wird im nächsten Kapitel näher erörtert.²⁾ Willkürlich erscheint die Ansicht Rüdenbergs, daß der wegenotleidende Eigentümer durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung die Bestimmung des Notweges herbeiführen könne. Rüdenberg gibt denn auch zu, daß nur die inhaltlich angemessene, d.h. die den Voraussetzungen des § 917 BGB entsprechende Willenserklärung rechtsgestaltende Wirkung habe. Verlange der Eigentümer in Bezug auf Richtung des Weges und Umfang des Benutzungsrechts mehr als den gesetzlichen Notweg, so sei diese inhaltlich mißratene - Willenserklärung als Antrag zum Abschluss eines Vertrages aufzufassen.³⁾ In der Praxis kommt es oftmals vor, daß nicht von vornherein ersichtlich ist, welches der gesetzliche Notweg ist, zumal dann, wenn die umliegenden Grundstücke verschiedenen Nachbarn gehören, so daß die Willenserklärung des wegenotleidenden Eigentümers selten dazu führt, eine rechtsgestaltende Wirkung zu entfalten. Außerdem widerspricht die einseitige Bestimmungsbefugnis auch dem dem Nachbarrecht innewohnenden Rechtsgedanken, daß den Beteiligten zunächst vorbehalten sein soll, sich auf der Basis der Gegenseitigkeit gütlich über ein zu gewährendes Recht zu einigen.⁴⁾

3) Heutige Literatur

Während sich die Literatur um und nach der Jahrhundertwende mit der vom BGB für das Notwegrecht eingeführten Rechtsform

1) Vgl. Karding, S. 412; Buch, S. 86.

2) S. 79 ff.

3) S. 98 ff.

4) Vgl. Buch, S. 86.

kritisch auseinanderetzte, ist heute die Diskussion über Zweckmäßigkeit und dogmatische Fundierung der vom BGB gewählten Konstruktion verstummt, wenngleich noch über manche teilweise die Praxis berührende Fragen Streit herrscht.¹⁾

Die modernen Lehrbücher und Kommentare zum BGB haben sich der seit jeher herrschenden Auffassung von der Rechtsnatur des Notwegrechts angeschlossen, ohne dieselbe einer Prüfung zu unterziehen. Auch der in neuerer Zeit (1960) zum Notwegrecht einzig ausführliche Beitrag von Figge wiederholt nur die alten Standpunkte.²⁾ Das Notwegrecht sei eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung und keine Dienstbarkeit.³⁾ Allerdings entsteht nach heutiger Auffassung die Duldungspflicht nicht unmittelbar mit Eintritt der Wegenot, sondern in wortgetreuer Auslegung des § 917 BGB erst, wenn der Berechtigte die Duldung der Benutzung des Nachbargrundstücks verlangt. Das "Verlangen" als Tatbestandsmerkmal der Duldungspflicht ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die an keine bestimmte Form gebunden ist.⁴⁾ Nach Westermann übt der Berechtigte, indem er die Duldung verlangt, ein Gestaltungsrecht aus.⁵⁾ Die Willenserklärung dürfte jedoch, ohne daß dies von den Kommentatoren erwähnt wird, nur dann in Bezug auf die Duldungspflicht rechtsgestaltend wirken, wenn mit ihr der gesetzliche Notweg und nicht eine darüber hinausgehende Befugnis verlangt wird.

In diesem Punkt berühren sich die Auffassungen Westermanns und Rüdenbergs, denn beide Autoren gehen davon aus, daß das Recht am konkreten Weg nicht schon mit Eintritt der Wegenot kraft Gesetzes besteht, sondern erst durch einseitige Tätigkeit des Berechtigten begründet wird. Insoweit kann nach dieser Auffassung das Notwegrecht als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung bezeichnet werden.⁶⁾ Die gleiche Feststellung läßt sich auch bei den Autoren treffen, die dem in einem Rechtsstreit

1) Vgl. Kap. 8.

2) AcP 1960, S. 409 ff.; ebenso auch Kürzel ZMR 1964, S. 356/357.

3) Vgl. statt vieler: Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 2. Nach Schulte, Nachbarrecht, S. 128 ist der Notweg ein Fall der privatrechtlichen Aufopferung. Vgl. auch Baur, S. 208.

4) Eichler, S. 287, Fn. 167; Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 37; Meisner/Stern/Hodes, S. 492; Westermann, S. 325; Erman/Westermann, § 917 Nr. 3.

5) Erman/Westermann, § 917 Nr. 1.

6) Dieser Begriff stammt aus der schweiz. Nachbarrechtsliteratur (vgl. Kap. 4 C.); vgl. von den deutschen Autoren Schulte (S. 83), der bei § 917 BGB und in anderen Fällen, in denen jemand kraft Gesetzes in fremdes Eigentum eingreifen darf,

um das Notwegrecht ergehenden Urteil konstitutive Bedeutung zusprechen, so z.B. Wolff/Raiser : "Das Urteil ist bald deklaratorisch, bald ("erforderlichenfalls") konstitutiv."¹⁾ Konstitutiv soll das Urteil dann wirken, wenn mehrere Wege gleich geeignet erscheinen und der Richter einen von ihnen herausgreifen muß. Das Notwegrecht entsteht also je nach den örtlichen Verhältnissen kraft Gesetzes oder durch Richterspruch. Lassen sich aber insoweit die örtlichen Verhältnisse für die Parteien immer klar unterscheiden?

Infolge der unterschiedlichen Rechtswirkung, die der durch Vertrag bzw. Urteil zu erfolgenden Konkretisierung des Notwegrechts zugelegt wird, fällt auch die Entscheidung der wichtigen Frage, ab wann der Eigentümer das Nachbargrundstück rechtmäßigerweise auch gegen den Willen des Nachbarn passieren darf, nicht einheitlich aus. Wohl nach der Mehrheit der Literatur und nach der Praxis ist der wegenotleidende Eigentümer berechtigt, schon vor der Konkretisierung des Notweges das angrenzende Grundstück zu betreten. Gleichzeitig heißt es aber einschränkend, daß die Benutzung des Weges und damit die Besitzstörung des Nachbarn nur dann rechtmäßig, d.h. keine verbotene Eigenmacht ist, wenn der in Anspruch genommene Weg auch tatsächlich dem gesetzlichen Notweg, den der Richter möglicherweise später festlegen wird, entspricht²⁾. Der Eigentümer, der schon gleich mit Eintritt der Zugangsnot die ihn vom öffentlichen Wege trennende Liegenschaft seines Nachbarn betritt, trägt also das

Forts.Fn.6 S. 55

6) zwischen unmittelbaren und mittelbaren privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten unterscheidet (S.83 ff.). Das Notwegrecht rechnet Schulte allerdings zu den unmittelbaren Einwirkungsrechten.

1) S. 203; Wieacker, Bodenrecht, S. 78; ferner Erman/Westermann, § 917 Nr. 3; Westermann, S. 327; Lent/Schwab, S. 112.

2) Buch, S. 87/88; Staudinger/Seufert, § 917 Nr.44; Meisner/Stern/Hodes, S. 497/498; ähnlich auch Loeb, S. 63/64; Wolff/Raiser, S. 202 nur in dem Falle, in dem "Richtung und Umfang von vornherein klar" sind. KG 1.7.1909 Recht 13(1909) S.846.

Risiko, verbotene Eigenmacht zu begehen und sich ggfs. schadensersatzpflichtig zu machen. Nach einer anderen Ansicht darf der wegenotleidende Eigentümer erst nach einer richterlichen Intervention das nachbarliche Grundstück benutzen.¹⁾²⁾

Die Tatsache, daß die Rechtswirkung des in einem Notwegprozeß ergehenden Urteils noch immer nicht geklärt ist und daß Unsicherheit darüber besteht, ob der vom öffentlichen Weg abgeschlossene Eigentümer schon mit Eintritt der Wegenot das Nachbargrundstück benutzen darf, beweist, daß die vom BGB für den Notweg eingeführte Rechtsform doch nicht so praktisch und dogmatisch befriedigend ist, wie dies die Motive glauben machen wollen.³⁾

1) Rüdenberg, S. 35/36; Westermann, S. 325; Erman/Westermann, § 917 Nr. 3; Palandt/Degenhardt, § 917 Nr. 3; Wolff/Raiser, (S.203) in dem Fall, in dem für den Notweg mehrere gleich geeignete Grundstücke in Frage kommen.

2) Nicht überzeugend ist die von Schulte (S.84/85) getroffene Unterscheidung zwischen unmittelbaren Einwirkungsrechten mit und ohne Selbsthilferecht. Eines speziellen Selbsthilferechts bedarf es für die unmittelbaren Einwirkungsrechte gar nicht. Es ist für die Rechtmäßigkeit der Einwirkung gleichgültig, ob der Nachbar aufgrund eines durch Rechtsgeschäft eingeräumten dinglichen Rechts (z.B. einer Dienstbarkeit) oder kraft Rechtssatzes (z.B. § 917) zur Duldung gewisser Handlungen auf seinem Grundstück verpflichtet ist. In beiden Fällen berechtigt das dingliche Recht seinen Inhaber, das Recht unmittelbar auszuüben, ohne daß eine Intervention des Richters erforderlich ist. Der Ausdruck Selbsthilferecht paßt im Zusammenhang mit dinglichen Einwirkungsrechten nicht.

3) Motive Bd. 3, S. 291.

C. Im schweizerischen Zivilgesetzbuch

I. Das Eigentum und seine Beschränkungen

Das Sachenrecht des ZGB regelt das Notwegrecht im Titel "Das Grundeigentum" unter "Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums." Das Eigentum selbst, von dem der vorangehende Titel handelt, wird seinem Begriff nach vom ZGB nicht definiert. Art. 641 umschreibt lediglich seinen Inhalt: Abs. 1 nach der positiven und Abs. 2 nach der negativen Seite.

Abs. 1:

"Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach Belieben verfügen."

Abs. 2:

"Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren."¹⁾

Das schweizerische Recht stellt wie das französische und das deutsche die Freiheit des Eigentums als Grundsatz hin. Indem aber Art. 641 ZGB die Ausübung des Eigentums den Schranken der Rechtsordnung unterstellt, verweist er auf die Grenzen, die u.a. das ZGB für das Grundeigentum normiert hat. Diese Schranken stecken den Rahmen ab, innerhalb dessen der Eigentümer sein Eigentumsrecht ausüben kann. Neben dem Notwegrecht finden sich unter diesen Schranken Vorschriften u.a. über die Abgrenzungspflicht der Grundeigentümer (Art. 669 ZGB), über Rechte und Pflichten hinsichtlich des Ablaufs des natürlichen Oberflächenwassers vom höher gelegenen auf das tiefer gelegene Grundstück (Art. 689 ff.), über das Überbaurecht (Art. 674 ZGB), das Recht,

1) Die Umschreibung des Inhalts des Eigentums sagt noch nichts über dessen Begriff aus. Dieser kann nach der auf Liver zurückgehenden modernen schweizerischen Doktrin nur formal und abstrakt sein. Die Beschränkungen des Eigentums, die nach Anzahl und Intensität von Rechtsordnung zu Rechtsordnung verschieden sind, sind nach dieser Auffassung nicht dem Begriff des Eigentums immanent, sondern kommen "von außen". Ihm immanent sei nur die Beschränkbarkeit (Liver, Einl.Nr. 80 ff.; Meier/Hayoz, Syst. Teil Nr. 184; vgl. auch Peter, S. 101 ff.; ferner Huber, Erl. S. 34) Demgegenüber gehören nach der älteren schweizerischen Doktrin die Schranken, die die Rechtsordnung dem Eigentümer auferlegt, zum Begriff des Eigentums. Die Schranken seien dem Eigentum immanent (Haab, Art. 641 Nr. 1 ff.; Bachmann, S. 24). Nach dieser Auffassung

Wasser, Gas und Elektrizität durch das Nachbargrundstück zu leiten (Durchleitungsrecht, Art. 691 ff. ZGB) sowie über das Notbrunnenrecht (Art. 710 ZGB).¹⁾

Diesen zur ersten Abteilung "Das Grundeigentum" gehörenden Bestimmungen werden in der zweiten Abteilung des Sachenrechts u.a. die Grunddienstbarkeiten gegenübergestellt.

Die meisten der im Titel "Inhalt und Beschränkungen des Grundeigentums" enthaltenen Schranken sind unmittelbar kraft Gesetzes wirksam (unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung oder gesetzliche Eigentumsbeschränkung mit unmittelbarer Wirkung); die übrigen werden erst existent, wenn die mit den Beschränkungen korrespondierenden Rechte durchgesetzt worden sind (mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung oder Eigentumsbeschränkung mit mittelbarer Wirkung).

Diese Unterscheidung, die der Gesetzgeber nicht lückenlos und konsequent verwirklicht hat, ist von der modernen schweizerischen Doktrin systematisch ausgebaut und dogmatisch untermauert worden.²⁾

Forts. Fn. 1. S. 58

gibt es keinen für alle Rechtsordnungen einheitlichen Eigentumsbegriff, da es in den einzelnen Ländern unterschiedliche Eigentumsbeschränkungen gibt (vgl. im übrigen zu dieser schon sehr alten Streitfrage Manser, S. 80 ff.). Da die Eigentumsbeschränkungen im schweizerischen Recht positiv geregelt sind, wirkt sich der Meinungsunterschied über den Eigentumsbegriff in der Praxis kaum aus (Meier/Hayoz, Syst. Teil. Nr. 187).

-
- 1) Letztere drei Rechte und das Notwegrecht werden von der schweizerischen Literatur gewöhnlich als nachbarrechtliche Notrechte bezeichnet, ein Ausdruck, der den gemeinsamen Zweck dieser Rechte beleuchtet: Hilfe für den sich in einer Notlage (Wege-Leitungsnot etc.) befindenden Grundeigentümer. Liver, Festschrift Gutzwiller, S. 762; Tuor, S. 530; vgl. auch Gradl, S. 49.
 - 2) Grundlegend Liver, Einlt. Nr. 85 ff.; ders. Festschrift Gutzwiller, S. 750 ff., 762 ff.; Bosshart, S. 23 ff.; Deschenaux, ZBGR 38 (1957) S. 326; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 194 ff.; Pittet, S. 53 ff.; Caroni-Rudolf, § 3 II; vgl. auch Forni, S. 13.

Da sie für das schweizerische Nachbarrecht charakteristisch ist, und die weiteren Ausführungen auf ihr aufbauen, soll sie zunächst allgemein erläutert werden, ehe speziell auf den Notweg eingegangen wird.

1) Unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen

Im nachbarlichen Verhältnis der Grundeigentümer besteht eine Konfliktsituation, die aus dem unvermeidbaren Neben- und Gegeneinander der sich aus dem Grundeigentum ergebenden Herrschaftsrechte resultiert. Unter dem Leitgedanken des friedlichen Zusammenlebens und der Sicherung einer ordnungsgemäßen Nutzung der Grundstücke hat das Gesetz die Interessensphären der Nachbareigentümer gegeneinander abgegrenzt. Diesem Gedanken trägt es in erster Linie dadurch Rechnung, daß es zunächst allen Grundeigentümern bzw. denen, deren Grundstücke sich in gleichen örtlichen oder klimatischen Verhältnissen befinden, Schranken auferlegt, innerhalb derer die Eigentümer ihre Herrschaftsrechte ausüben können. Mit anderen Worten: diesen Eigentümern gebietet das Gesetz, zugunsten der Nachbarn die Ausübung bestimmter Eigentumsbefugnisse zu unterlassen bzw. die Benutzung ihrer Grundstücke in gewisser Hinsicht zu dulden.

Zu diesen Schranken kann Art. 685 ZGB gerechnet werden, der Grabungen und Bauten untersagt, die das Erdreich des Nachbargrundstücks in Bewegung bringen.¹⁾

Hierhin gehört ebenfalls die schon anfangs genannte Vorschrift über den Ablauf des natürlichen Oberflächenwassers (Art. 689 ZGB). Danach müssen alle tiefer liegenden Grundstücke das von den oberhalb liegenden Grundstücken natürlich abfließende Wasser aufnehmen. Andererseits dürfen die Eigentümer der höhergelegenen Grundstücke den Wasserablauf nicht verändern.²⁾

1) Art. 685 ZGB entspricht z.T. § 909 BGB ("Vertiefung").

2) Eine weitere Bestimmung dieser Art ist Art. 699 ZGB, der das Betreten fremder Wälder und Weiden gestattet. Die größte Zahl solcher genereller Schranken gehört jedoch dem öffentlichen Recht an.

Das gemeinsame und charakteristische dieser Regelungen ist, daß der nachbarliche Interessenausgleich dadurch realisiert wird, daß jeder Grundeigentümer zugleich verpflichtet und berechtigt ist. Einerseits muß er sich eine Beschränkung seines Eigentums gefallen lassen; andererseits hat er den Vorteil, daß seine Nachbarn den gleichen Beschränkungen unterliegen. Durch das hierin zum Ausdruck kommende Prinzip der Gegenseitigkeit setzt sich die gesetzliche Eigentumsbeschränkung von dem einseitigen Verhältnis der Dienstbarkeit ab, wo es ein "nur" herrschendes und ein "nur" dienendes Grundstück gibt.

Diese Normen bestimmen den normalen Inhalt des Grundeigentums. Die aus ihnen resultierenden Beschränkungen bestehen unmittelbar kraft Gesetzes, ohne daß sie - wie Art. 680 ZGB normiert - einer Eintragung im Grundbuch bedürfen.¹⁾ Mit ihnen ist auch keine Entschädigungsregelung verbunden, was die Auffassung erhärtet, daß das Gesetz nur den normalen Inhalt des Grundeigentums umschreiben will.

2) Mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen

Ein nachbarlicher Konflikt entsteht aber auch dann, wenn ein vom öffentlichen Wege isolierter Eigentümer das Nachbargrundstück passiert oder ein Eigentümer versehentlich über seine Grenze hinausbaut. Gestände man in diesen Fällen den Nachbarn die volle Ausübung ihrer Eigentumsbefugnisse zu, könnten sie durch Verweigerung des Durchganges die Benutzung der Enklave verhindern und den Abbruch des Überbaues durchsetzen. Beides würde zu einer schwerwiegenden Schädigung des sich jeweils in einer Notlage befindlichen Eigentümers und darüber hinaus zu einer Beeinträchtigung allgemeiner volkswirtschaftlicher Werte führen. Auch hier muß das Gesetz einen Interessenausgleich zwischen den Nachbarn finden.

- 1) Art. 680 ZGB: "Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen bestehen ohne Eintrag im Gesetz." Die Vorschrift spricht zwar nur von gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen schlechthin; gemeint sind aber nach allgemeiner Ansicht nur die mit unmittelbarer Wirkung; Liver, Einl. Nr. 86; Meier-Hayoz, Syst. Teil. Nr. 194; Art. 680 Nr. 58.

Wegenot und Überbaunot¹⁾ sind zwar typische Notsituationen in der nachbarlichen Gemeinschaft der Grundeigentümer. Sie treten aber nur selten auf. Deshalb wäre es unnötig und sogar sinnlos, wenn der Gesetzgeber Regeln aufstellte, die das Eigentum an sämtlichen Grundstücken, deren Inanspruchnahme theoretisch möglich wäre, beschränken würden.²⁾ Das ZGB trägt daher dieser Situation Rechnung, nicht indem es allen theoretisch in Frage kommenden Nachbarn vorschreibt, bei Eintritt der Notlage eo ipso die Beschränkung zu dulden, sondern indem es lediglich die Voraussetzungen festlegt, unter denen der notleidende Eigentümer von seinen Nachbarn die Einräumung eines Notrechts verlangen kann. Das Gesetz billigt also dem notleidenden Eigentümer einen Anspruch auf Begründung eines Rechts, nicht aber das Recht selbst zu.

Das jeweilige nachbarliche Notrecht - mit Ausnahme des Leitungsrechts - entsteht durch Eintragung im Grundbuch.³⁾ Dies normiert das ZGB zwar nicht generell, bringt es aber in einzelnen Vorschriften zum Ausdruck, so z.B. beim Notweg⁴⁾ und bei der gesetzlichen Grundlast gem. Art. 784 Abs. 3 ZGB.⁵⁾ Aus diesen Einzelbestimmungen gewinnt die heutige Lehre den Grundsatz der konstitutiven Eintragung auch der übrigen nachbarlichen Notrechte, mit Ausnahme jedoch des Durchleitungsrechts, da hier der Wortlaut des Gesetzes entgegensteht.³⁾⁶⁾

- 1) Sowie Leitungsnöt (Art. 691 ZGB) und Wassernot (Art. 710 ZGB).
- 2) Liver, Festschrift Gutzwiller, S. 752.
- 3) So die moderne Doktrin: Liver, Einltg. Nr. 90ff.; Bosshart, S. 52; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 194; Pittet, S. 45. A.A. die ältere Lehre, die sich auf die außergrundbuchliche Entstehung des Durchleitungsrechts bezog, um die konstitutive Eintragung beim Überbaurecht und beim Notbrunnenrecht zu verneinen.
Leemann, Art. 710 Nr. 22, Art. 674 Nr. 25; Haab, Art. 710 Nr. 20, Art. 674 Nr. 27.
- 4) Der Schluß auf die konstitutive Wirkung der Eintragung des Notwegrechts ergibt sich zwingend aus einem Vergleich von Art. 694 und Art. 696 ZGB. Art. 696: "Wegerechte, die das Gesetz unmittelbar begründet," (gemeint sind damit die kantonalen Wegerechte des Art. 695 ZGB wie Tränke-, Winterweg etc.) "bestehen ohne Eintragung zu Recht." BG 18.11.1914 BGE 40 II 452 (454/455); Jenny, S. 100; Schatzmann, S. 30; Forni, S. 60; Liver, Einltg. Nr. 90. A.A. unter Anlehnung an das deutsche Recht nur Gradl, S. 50/51. Vgl. auch Art. 34 GbVO.
- 5) Die Grundlast des ZGB entspricht der Reallast des BGB, jedoch mit der Ausnahme, daß der mit der Grundlast belastete Eigentümer nicht persönlich haftet, Art. 782 ZGB.
- 6) Art. 691 Abs. 3: "Solche Durchleitungen werden, wenn es der Berechtigte verlangt, auf seine Kosten in das Grundbuch eingetragen."

Da die in den Normen über die Notrechte liegenden Beschränkungen des Grundeigentums erst nach erfolgter Geltendmachung und Durchsetzung existent werden, bezeichnet sie die schweizerische Literatur zu Recht als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.

II. Das Notwegrecht als mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung

Mit der Feststellung, daß das Notwegrecht mittelbar kraft Gesetzes entsteht, ist für seine rechtliche Charakterisierung lediglich der Ausgangspunkt gewonnen, nämlich daß bei ihm zwei Phasen zu unterscheiden sind: die Rechtslage vor und nach der Durchsetzung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung.

1) Anspruch auf die Einräumung eines Notweges

Gemäß Art. 694 ZGB kann der wegenotleidende Eigentümer verlangen, "daß ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen." Der Anspruch auf diese Leistung richtet sich nach dem Zweck, den das Notwegrecht erfüllen soll, nicht gegen eine bestimmte Person, z.B. gegen die, die im Zeitpunkt der Entstehung der Enklave Eigentümer des pflichtigen Grundstücks ist, sondern gegen den jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks. Denn nur der, der jeweils die Sachherrschaft über das pflichtige Grundstück ausübt, kann durch die Gewährung eines Durchgangs der Wegenot abhelfen.

a) Bosshart sieht in der durch Art. 694 ZGB eröffneten Möglichkeit, einen Notweg zu verlangen, ein Gestaltungsrecht. Der wegebedürftige Eigentümer könne durch einseitige Tätigkeit ein dingliches Benutzungsrecht am Nachbargrundstück begründen.¹⁾ Diese Auffassung widerspricht nicht nur dem klaren Gesetzeswortlaut, sondern auch dem in Art. 694 ZGB zum Ausdruck kommenden

1) Bosshart, S. 36 ff.

Gedanken, daß der pflichtige Nachbar, um seine Interessen zu wahren, bei der Begründung des in sein Eigentum eingreifenden Rechts mitwirken soll.¹⁾

b) Eine andere Meinung, die in der Mehrzahl von älteren Autoren u.a. von dem Gesetzesredaktor Huber²⁾ vertreten worden ist, folgert aus der Möglichkeit, den Notweg gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des pflichtigen Grundstücks durchzusetzen, die Dinglichkeit des Notweganspruchs.³⁾ Diese Ansicht steht nicht mit der in der Schweiz herrschenden Lehre vom Wesen der Dinglichkeit im Einklang. Dieses besteht nicht in der Wirkung gegenüber jedermann, sondern in der Unmittelbarkeit der Sachherrschaft.⁴⁾ Da der Notweganspruch den betreffenden Nachbarn zu einem positiven Tun verpflichtet, wirkt der den Anspruch geltend machende Eigentümer über die Vermittlung einer Person, also nur mittelbar auf das Grundstück ein. Es fehlt an der Unmittelbarkeit der Sachbeziehung.

c) Nach der heute in der Schweiz absolut herrschenden Meinung ist der Notweganspruch obligatorischer Rechtsnatur.⁵⁾ Damit ist aber auch noch nicht die Eigentümlichkeit erklärt, daß Anspruchsverpflichteter der jeweilige Grundeigentümer ist und nicht, wie bei einer Obligation, eine bestimmte Person. Obligation und dingliches Recht (Eigentum) sind miteinander verknüpft. Diese Erscheinung, die sich an zahlreichen weiteren Stellen im ZGB, so besonders im Nießbrauch- und Dienstbarkeitsrecht findet, ist von Guhl in seiner bekannt gewordenen Abhandlung "Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung"⁶⁾ analysiert worden. Guhl geht davon aus, daß Pflichten wie auch

1) Caroni-Rudolf, § 12 II 3.

2) Huber, Sachenrecht, S. 64.

3) Wieland, Art. 680 Nr. 3 b) bb); Leemann, Nr. 694 Nr. 6; Waldis, S. 186 Fn. 54; vgl. auch Baumgartner, S. 52.

4) Guhl, Festgabe Bundesgericht S. 94/95; Haab, Einltg. Nr. 52; Bachmann, S. 64; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 129 ff.; vgl. auch BG 24.11.1966 BGE 92 II 227 (229).

5) Guhl, Festgabe Bundesgericht S. 122; Liver, Einltg. Nr. 156, 157; ders. ZBGR 43 (1962) S. 264; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 152, 153, 157; Neuenschwander, S. 282/283; Caroni-Rudolf, § 12 II 4.

6) Guhl, Festgabe Bundesgericht, S. 93 ff.

Rechte dadurch, daß sie durch das Gesetz mit einem dinglichen Recht verbunden werden, nicht ihren obligatorischen Charakter verlieren, mögen sie auch die gleichen Wirkungen äußern wie dingliche Rechte, (verstärkte Wirkung).

Unter Herausarbeitung eines gemeinsamen Kriteriums für die im ZGB in dieser Weise ausgestalteten Rechtsverhältnisse spricht Guhl bei ihnen von subjektiv-dinglichen Rechten und Verpflichtungen.¹⁾ Hierzu zählt er u.a. das vorgemerkte rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht (Art. 681 ZGB) und die gesetzlichen Ansprüche auf Einräumung eines dinglichen Rechts, z.B. eines Notwegrechts, einer Grundlast (Art. 784 Abs. 2 ZGB) und einer Hypothek (Art. 837 ZGB).

Der von Guhl verwendete Begriff "subjekt-dinglich" läßt nicht erkennen, daß er obligatorische Rechte und Pflichten meint.²⁾ Er erweckt allzu leicht die Vorstellung eines dinglichen Rechtsverhältnisses.³⁾

Diese Nachteile vermeidet der in neuerer Zeit von Liver in die schweizerische Privatrechtswissenschaft eingeführte Begriff der Realobligation. Auch nach Liver sind die Rechte und Pflichten, die für bzw. gegen den jeweiligen Inhaber eines dinglichen Rechts wirken - u.a. auch der Anspruch des wege- notleidenden Eigentümers - obligatorischer Natur. Um die Verknüpfung der Obligation mit einem dinglichen Recht zum Ausdruck zu bringen, bezeichnet sie Liver unter Bezugnahme auf die gemeinrechtliche Lehre von der actio in rem scripta⁴⁾ und

1) Guhl, S. 119 ff., 120.

2) Subjektiv-dinglich können nämlich auch dingliche Rechte sein. "So ist doch das typische dingliche subjektiv-dingliche Rechtsverhältnis die Grunddienstbarkeit, weil sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete der jeweilige Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist." : Liver, Einltg. Nr. 155.

3) Liver, Einltg. Nr. 155.

4) Actiones in rem scriptae sind "Obligationen, bei denen der Schuldner durch die Sachbeherrschung vermittelt wird, der jeweilige Besitzer einer bestimmten Sache also als Schuldner erscheint"; Stobbe/Lehmann, S. 85; vgl. auch Savigny, S. 24/25.

im Anschluss an französische¹⁾ und italienische Autoren²⁾ als Realobligation (obligation réelle, obligation propter rem oder ob rem). Es ist Liver gelungen, unter diesem Begriff die verschiedenen Leistungspflichten, die von Gesetzes wegen besonders im Nachbar- und Dienstbarkeitsrecht den Inhaber einer Sachherrschaft zum Schuldner haben, in systematisch und dogmatisch befriedigender Weise auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen.³⁾ Die Lehrmeinung Livers, die geeignet ist, eine Anzahl praktischer Fragen bei der Anwendung nachbarrechtlicher Vorschriften zu klären, hat sich heute in der schweizerischen Literatur durchgesetzt.⁴⁾ und auch schon in der Rechtsprechung⁵⁾ Anklang gefunden. Realobligationen sind mithin nach schweizerischer Doktrin Schuldverhältnisse, welche die Vornahme von Handlungen zum Gegenstand haben und bei denen Anspruchsberechtigter oder Anspruchsverpflichteter oder beide zusammen durch die dingliche Berechtigung an Sachen bestimmt werden.⁶⁾ Diese Definition trifft auch auf die durch Art. 694 ZGB begründeten Rechte und Pflichten zu: Der Notweganspruch ist somit ein realobligatorischer Anspruch, die Pflicht, den Notweg einzuräumen, eine realobli-

- 1) Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé français; Aberkane, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français.
- 2) Vgl. Liver, Einlgt., Nr. 151.
- 3) Die Lehre Livers hat den Vorteil, daß sie nicht unter Verwässerung der Abgrenzung des dinglichen vom persönlichen Recht, wie dies oft in der Rechtswissenschaft geschehen ist (vgl. Schatzmann, S. 9 und Fn. 2), ein neuartiges Mischgebilde konstruiert, sondern von der klassischen Abgrenzung dieser Rechte ausgehend die Realobligation eindeutig als Schuldverhältnis qualifiziert, wenngleich sie diese Obligation z.T. Regeln unterwirft, die nur für dingliche Rechte gelten, z.B. dem Grundsatz des numerus clausus.
- 4) Jost, Die Realobligation als Rechtsinstitut; Deschenaux, ZBGR 38(1957), S. 327, ZBGR 43 (1962) S. 282, Festschrift Gutzwiller S. 771 ff.; Friedrich, S. 38; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 150 ff.; Neuenschwander, S. 107 ff.; Pittet, S. 36; Tuor, S. 547/548; Caroni-Rudolf, § 12 II 4; vgl. auch Bärman, S. 20. Es ist lediglich streitig, ob einzelne Rechtsverhältnisse Realobligationen sind; vgl. den Überblick bei Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 157; ferner Sungurbey, ZSR 85 (1966), S. 128 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.
- 5) Bezirksgericht Horgen 15.12.1959 SJZ 56 (1960), S. 260; Kassationsgericht Zürich 8.9.1959 BlZR. 60 (1961) S. 309 ff. und BlZR 66 (1967) S. 198 ff.; BG 10.2.1966 BGE 92 II 147 (155); BG 24.11.1966 BGE 92 II 227 (229/230).
- 6) Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 152.

gatorische Pflicht.¹⁾ Welche praktischen Konsequenzen hieraus zu ziehen sind, wird Gegenstand der Erörterungen der nächsten Kapitel sein.

Die Rechtsprechung hat sich nur selten zum Rechtscharakter des Anspruchs auf den Notweg geäußert. Der in gleicher Weise konstruierte Anspruch auf Einräumung eines Überbaurechts ist vom Bundesgericht als obligatorischer²⁾, der ebenso geregelte Anspruch auf Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechts gem. Art. 837 Ziff. 3 ZGB jedoch neuerdings implicite als realobligatorischer Anspruch bezeichnet worden.³⁾ Lediglich das Kassationsgericht Zürich⁴⁾ legt dem - allerdings kantonalrechtlichen - Notweganspruch nach § 181 Züricher Einführungsgesetz zum ZGB⁵⁾ realobligatorischen Charakter zu.⁶⁾

2) Das begründete Recht

Das ZGB gibt nicht zu erkennen, welche Rechtsnatur das nach Durchsetzung des Anspruchs entstehende Notwegrecht hat.

-
- 1) Den gleichen Rechtscharakter haben auch die Ansprüche auf die übrigen nachbarlichen Notrechte: Anspruch auf Einräumung eines Überbau-, eines Durchleitungs- und eines Notbrunnenrechts.
 - 2) BG 5.5.1915 BGE 41 II 215 ff.(220); BG 27.3.1952 BGE 78 II 131 ff.(136).
 - 3) BG 24.11.1966 BGE 92 II 227 (229/230).
 - 4) 31.5.1960 BLZR 60 (1961) S. 309 ff.(318/319).
 - 5) "Wenn durch Aufhebung einer öffentlichen Straße einem Grundstück der Weg entzogen wird, so behält dasselbe das nötige Notwegrecht über die verlassene Wegstrecke bis an deren Einmündung in die öffentliche Straße, solange ihm nicht ein anderer ausreichender Weg unentgeltlich zugewiesen wird."
 - 6) Das Obergericht Zürich, dessen Entscheidung durch das Kassationsgericht aufgehoben wurde, hatte den Anspruch für einen dinglichen gehalten; vgl. BLZR 60 (1961) S. 309 ff.

- a) Nach der älteren Lehre und der Rechtsprechung, die zwischen den unmittelbaren und mittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen keinen qualitativen Unterschied machen, entsteht zugunsten des Eigentümers der Enklave kein selbständiges beschränktes dingliches Recht an dem Nachbargrundstück. Vielmehr konkretisiert sich eine bisher nur latente Eigentumsbeschränkung, wodurch die Eigentumsinhalte des pflichtigen und des berechtigten Grundstücks gegenseitig abgegrenzt würden.¹⁾²⁾ Da das Benutzungsrecht aber inhaltlich einer Grunddienstbarkeit nahekomme, sei Dienstbarkeitsrecht anwendbar.³⁾
- b) Die heute herrschende Meinung sieht in dem aufgrund des gesetzlichen Anspruchs begründeten, im Grundbuch eingetragenen Notwegrecht wie auch in den übrigen in der gleichen Art konstruierten nachbarlichen Notrechten Grunddienstbarkeiten.⁴⁾ Durch die Einräumung eines der Notlage abhelfenden Rechts mache der Nachbar sein Grundstück ebenso dienstbar wie derjenige, der eine gewillkürte Dienstbarkeit bestelle. In beiden Fällen gebe der Nachbar eine Befugnis auf, die zum normalen und regulären Inhalt seines Grundeigentums gehöre. Aus der grundsätzlichen Unterscheidung, die das ZGB zwischen den unmittelbaren und den mittelbaren gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen mache, folge, daß das aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs errichtete und im Grundbuch eingetragene Recht nur ein selbständiges beschränktes dingliches Recht, eine Grunddienstbarkeit sein könne. Von der gewill-

1) So unter Berufung auf die deutsche Lehre: Wieland, Art. 684 Nr. 4; Robichon, S. 203 ff.; Leemann, Art. 694 Nr. 6; Haab Art. 694 - 696 N.8; Bachmann, S. 64; vgl. auch Gradl, S. 50/51 - BG 1.3.1945 BGE 71 II 27 (29) (Durchleitungsrecht); Tribunal cantonal Vaud 20.9.1944 SJZ 42 (1946) S. 122 (124) (Notbrunnen); Appellationsgericht Tessin 23.2.1956 SJZ 52 (1956) S. 348 (Überbau); vgl. auch BG 27.3.1952 BGE 78 II 131 (136/137) (Überbau).

2) Abweichend von dieser lange Zeit herrschenden Doktrin erblickten andere Autoren in dem aufgrund des gesetzlichen Anspruchs errichteten Notwegrecht "eine Art Legalsservitut". Als Begründung wurde angeführt, daß die aus Art. 694 ZGB resultierende Beschränkung weiter als die unmittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkung reiche und Ausnahmecharakter habe. Huber, Sachenrecht, S. 64 Fn.1; Rossel/Mentha, Bd. 2 Nr. 1274; Baumgartner, S. 53.

3) Vgl. statt aller: Haab, Art. 694-696 Nr. 21.

kürten Dienstbarkeit unterscheide sie sich nur durch den vom Gesetz angeordneten Begründungszwang, der aber nicht ihre Rechtsnatur ändere.

Im Hinblick auf ihren Entstehungsmodus wird sie von der Literatur als Legal- oder Zwangsservitut bezeichnet.

Da Art. 694 ZGB nur einen Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts begründet, ist der Eigentümer bei Eintritt der Wegenot grundsätzlich nicht berechtigt, das Nachbargrundstück zu passieren. Er muß sich erst eine Notwegservitut einräumen lassen.

D. Vergleichende Betrachtung

I. Alle drei Rechtsordnungen vertreten in der positivrechtlichen Ausgestaltung des Eigentums unter Anlehnung an die römischrechtliche Konzeption¹⁾ einen grundsätzlich individualistischen Standpunkt; am deutlichsten bringt dies die französische Formulierung zum Ausdruck ("de la manière la plus absolue").²⁾³⁾

Übereinstimmend statuieren die betroffenen Normen auch, daß der Individualismus des Eigentümers seine Grenze in den Gesetzen (CC, BGB) bzw. in der Rechtsordnung (ZGB) findet.

Die Betonung liegt indes eindeutig auf der Absolutheit des Eigentums. Mit dieser Akzentsetzung stellte sich insbesondere

Fn. 4 S. 68

4) Liver, Eintlg.Nr. 90 ff., 96, Art. 731 Nr. 6 ZBGR 43 (1962) S. 271; Bosshart, S. 58, 84, 97, 111; Jost, S. 132 ff.; Deschenaux, ZBGR 38 (1957) S. 334/335; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 194, Art. 674 Nr. 52 ff.; Neuenschwander, S. 384; vgl. auch Tobler, S. 112 ff., 116. Im Sinne der h.M. auch Kassationsgericht Zürich 31.5.1960 BLZ 60 (1961) S. 309 (318/319).

1) Kaser, Landesreferate, S. 19.

2) Der Code civil ist deshalb bisweilen als Code de propriété bezeichnet worden, Duguit, S. 610. Vgl. auch die Rede von Portalès bei der Beratung des Art. 544 CC, Locré, Bd. 8, S. 169 ff.

3) Bei der Darstellung des Eigentums werden oft Begriff und Inhalt des Eigentums nicht auseinandergehalten. Eine klare diesbezügliche Unterscheidung trifft die moderne schweizerische Lehre, vgl. S. 58. Ferner Schulte, Nachbarrecht, S. 51 ff.

die französische Kodifikation in einen gewissen Gegensatz zur Philosophie ihrer Zeit, die vor allen Dingen die Grenzen des Eigentums gesehen und klar betont hat.¹⁾

Ein Unterschied zwischen CC einerseits und BGB sowie ZGB andererseits macht sich in der juristischen Konstruktion der Beschränkungen bemerkbar.²⁾

Von der naturrechtlichen Vorstellung ausgehend, daß das Grundeigentum eine völlig freie und ungebundene Herrschaft darstelle und deshalb jede gesetzgeberische Maßnahme das freie Eigentum belaste³⁾, faßt der CC auch die geringste und alle Grundstücke gleich treffende Einschränkung als Dienstbarkeit auf. Demgegenüber behandeln 100 Jahre später BGB und ZGB, nachdem die Auffassung des CC zunehmend Kritik fand, unter bewußter Betonung der sozialen Komponente des Eigentums jede - das Eigentum tangierende - Anordnung ohne Rücksicht auf deren Intensität und den Kreis der Adressaten als Eigentumsinhaltsbestimmung (gesetzliche Eigentumsbeschränkung)⁴⁾. Anders als das BGB, das ebenso wie der CC die nachbarrechtlichen Beschränkungen jeweils rechtlich einheitlich ausgestaltet hat, trifft das ZGB bei diesen in Bezug auf ihre Wirkung und Rechtsnatur eine grundlegende Unterscheidung.

Die schweizerische Konzeption der nachbarlichen Beschränkungen des Grundeigentums nimmt zwischen der individualistisch-romanistischen Legalservitut des CC⁵⁾ und der deutschrechtlichen Eigentumsschranke des BGB gewissermaßen eine nüchterne, nach praktischen Bedürfnissen differenzierende Mittelstellung ein.

1) Vgl. Hedemann, Bd. 2, 1. Halbbd. S. 122.

2) Diesen Unterschied nimmt Coste-Floret, S. 54, zum Anlaß, um von einer "révolte" der späteren Kodifikation gegen den CC zu sprechen.

3) Demolombe, Bd. 11, Nr. 8; Egger, S. 217 ff.; Wieacker, Wandlungen, S. 72; vgl. auch Kaden, S. 196/197.

4) Kaden, S. 199/200; Betti, S. 104; vgl. auch die Kritik von Gierke, Entwurf S. 102, 103, 323 ff.: Es müsse mit der römischen Anschauung von der absoluten und unbeschränkten Gewalt des Eigentümers gebrochen werden.

5) Vgl. Hedemann, Bd. 2, 1. Halbbd., S. 104 Fn. 22.

II. Die in der juristischen Konstruktion der Legalsservitut einerseits und der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung andererseits zum Ausdruck kommende gegensätzliche Anschauungsweise vom Eigentum und seinen Schranken zeitigt in der Praxis in Frankreich und Deutschland bestimmte unterschiedliche Konsequenzen. Zwar äußern vom Standpunkt des durch die Legalsservitut bzw. die gesetzliche Eigentumsbeschränkung belasteten Nachbarn gesehen beide Rechtsinstitute die gleiche Wirkung: Der Betroffene ist zur Duldung - hier nur interessierend - des Notweges verpflichtet. Doch vermittelt das mit der Duldungspflicht korrespondierende Recht unterschiedliche Rechtspositionen. In Frankreich übt der berechtigte Eigentümer ein selbständig neben seinem Eigentum bestehendes beschränktes dingliches Recht in Form einer Dienstbarkeit aus. Daraus folgt, daß grundsätzlich das Dienstbarkeitsrecht anwendbar ist. So genießt der Notwegberechtigte z.B. Besitzschutz. In Deutschland stellt sich die Benutzungsbefugnis als eine unselbständige Einzeläußerung des Eigentums am wegebedürftigen Grundstück dar. Sie ist als solche z.B. nicht possessorisch geschützt. Ihr Bestand und Untergang richtet sich nach den für das Eigentum maßgebenden Vorschriften. Dienstbarkeitsrecht ist nicht ohne weiteres anwendbar.¹⁾

Im Gegensatz zum CC und BGB differenziert das ZGB die nachbarrechtlichen Verhältnisse. Es unterscheidet zwischen Normen, die für die Eigentümer aller Grundstücke Beschränkungen anordnen und keine Entschädigung vorsehen sowie Normen, die einzelnen Eigentümern aufgrund besonderer Tatbestände gegen Entschädigung eine weitgehende Duldungspflicht auferlegen. Diese Differenzierung aufgreifend, ist die heutige Doktrin der Ansicht, daß lediglich die ersteren Vorschriften den normalen Inhalt des Eigentums bestimmen, während die letzteren zur Begründung von Dienstbarkeiten führen.

Diese Interpretation konnte sich auf die Ergebnisse stützen, die französische Autoren, namentlich Aubry und Rau bei der Analyse der nachbarrechtlichen Bestimmungen des CC gewonnen haben. Sie beruht aber auch auf Erkenntnissen der italienischen

1) Weitere Unterschiede werden in den folgenden Kapiteln aufgezeigt.

Zivilrechtsdogmatik.¹⁾

Im Hinblick auf die Forderung nach einer juristischen Konstruktion, die praktischen Bedürfnissen genügt, und einer klaren Abgrenzung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung von der Dienstbarkeit ist die vom CC und BGB gewählte Lösung verfehlt. Das ZGB berücksichtigt dagegen diese Gesichtspunkte, wenn auch nur im Ansatz. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß einzig die neue italienische Gesetzgebung zu einer dogmatisch klaren und in der Praxis zu befriedigenden Ergebnissen führenden Gruppierung der Nachbarrechtsverhältnisse gelangt. Während der Codice Civile von 1865 noch dem französischen Beispiel folgte und alle Nachbarrechtsverhältnisse als Legalservituten konstruierte,²⁾ scheidet der revidierte Codice Civile von 1942 deutlich die eigentlichen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen von den aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs zu bestellenden Dienstbarkeiten (servitù coattive). Erstere finden sich folgerichtig im Titel über das Eigentum, während letztere eine Kategorie der Grunddienstbarkeiten (Art. 1027 ff.) bilden.

Zu dieser Gruppe der Grunddienstbarkeiten gehört u.a. die Wasserleitungsdienstbarkeit (Art. 1033 ff.), der Notweg (Art. 1051 ff.)³⁾ und das Elektrizitätsleitungsrecht (Art. 1056).

- 1) Zwar wird auch in der deutschen nachbarrechtlichen Literatur von einigen Autoren der Unterschied zwischen "absolut wirkender Eigentumsinhaltsbestimmung" oder "typischer Eigentumsinhalt" einerseits und "besonderer" oder "weitergehender" Duldungspflicht oder "Entzug des prinzipiell zugewiesenen Eigentumsinhalts" andererseits gemacht (Westermann, Maßnahmen, S. 18; Kleindienst, S. 19/20, 44/45. Vgl. zur Bedeutung der Unterscheidung "Inhaltsbestimmung" und "besondere Duldungspflicht" die kritischen Ausführungen von Schulte, Nachbarrecht, S. 68 ff.). Es wird jedoch selten erörtert, ob das Verhältnis, das mit "besonderer Duldungspflicht" umschrieben wird, als Dienstbarkeit gestaltet werden kann. Lediglich Naendrup (S. 9ff.) deutet eine solche Möglichkeit an. Vgl. auch Riezler (S. 25), der sich in einem Aufsatz über den Entwurf eines italienischen Sachenrechts dafür ausspricht, das nachbarrechtliche Verhältnis in den Fällen, in denen der Beschränkung bei einem Grundstück ein entsprechender Anspruch des jeweiligen Eigentümers des anderen Grundstücks gegenübersteht, als Dienstbarkeitsverhältnis zu konstruieren.
- 2) Zur Kritik dieser Regelung durch die italienische Lehre vgl. Azara, Etudes Capitantes, S. 34.
- 3) Der Codice Civile regelt den Notweg (passaggio coattivo) sehr detailliert in fünf Artikeln, wobei die Fälle der absoluten und der relativen Zugangsnot getrennt behandelt werden; zur Auslegung der Art. 1051 ff. und den Neuerungen gegenüber dem Notwegrecht des Codice Civile von 1865 vgl. Barbero, S. 103 ff.

III. Trotz der Verschiedenheit der juristischen Konstruktion kommen CC und BGB in Bezug auf das Wirksamwerden der Beschränkungen zu einer einheitlichen materialen Lösung: In beiden Ländern entsteht das Notwegrecht unmittelbar kraft Gesetzes.

In diesem Punkt hat das BGB dem CC bewußt Gefolgschaft geleistet¹⁾, ohne daß sich aber die deutschen Redaktoren mit den Erfahrungen, die die französische Praxis und Lehre mit der Tragweite des Kriteriums "...établie par la loi" gemacht haben, auseinandergesetzt haben.

Beide Gesetze wollten mit dieser Regelung erreichen, daß das Notwegrecht vor den schon bestehenden dinglichen Rechten den Vorrang hat und es sofort mit Eintritt der Wegenot ausgeübt werden kann. Sie berücksichtigten dabei jedoch nicht genügend, daß häufig das pflichtige Grundstück noch nicht feststeht und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse gewöhnlich eine Konkretisierung erforderlich ist.

Diese Unterlassung erschwert die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Nachbarn bei Eintritt der Wegenot. Der wegebefürchtete Eigentümer ist bis zur Festlegung des Weges durch den Richter im Ungewissen, ob und inwieweit er das Nachbargrundstück benutzen darf, ohne sich einer verbotenen Eigenmacht schuldig zu machen.

Die vom ZGB gewählte Konstruktion vermeidet diese Nachteile. Dadurch daß sie dem Berechtigten bei Eintritt der Wegenot "lediglich" einen (realobligatorischen)²⁾ Anspruch auf Einräumung einer Notwegservitut gibt, stellt sie klar, daß dieser erst nach erfolgter Durchsetzung des Anspruchs berechtigt ist, die ihn von der öffentlichen Straße trennende Liegenschaft zu passieren.

1) Motive, Bd. 3 S. 291; "...daß man mit dem französischen Rechte alle umliegenden Grundstücke der gesetzlichen Beschränkung unterwirft, daß bei Eintritt des ... Nothfalles der Zugang zu gewähren ist."

2) Der Terminus Realobligation wird in Deutschland von einigen Autoren zur Charakterisierung der Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers verwendet, ohne daß die Autoren aber damit eine besondere Kategorie von Rechtsverhältnissen ins Auge fassen. Im übrigen spricht die Literatur bei den in der Schweiz als Realobligation bezeichneten Erscheinungen von "gesetzlichen Schuldverhältnissen" oder von "Pflichten, die sich aus dem dinglichen Recht als solchem ergeben." Vgl. Raiser, RabelsZ 23 (1958) S. 335 ff.; Ferner Dimopoulos-Vosikis, AcP 169 (1967) S. 515 ff.

Die gleichen Vorzüge hat auch die bereits erwähnte italienische Regelung. Über die Entstehung des Notwegrechts als einer zwangsweise bestellten Dienstbarkeit sagt Art. 1032 Codice Civile: "Wenn der Eigentümer eines Grundstücks kraft Gesetzes das Recht hat, seitens des Eigentümers eines anderen Grundstücks eine Dienstbarkeit bestellt zu erhalten, wird diese bei Fehlen eines Vertrages durch Urteil bestellt.¹⁾ Diese legislative Entscheidung, die vom italienischen Gesetzgeber in Kenntnis der mißglückten französischen Systematik getroffen worden ist, hat nicht nur Bedeutung für die Klassifizierung eines Rechtsstoffs und für eine klare Begriffsbildung. Sie enthält zugleich auch eine geglückte Wertung nachbarlicher Interessen.

1) Vertrag bzw. Urteil sind gem. Art. 2643 ff. Codice civile zu publizieren.

5. Kapitel

Regelung der Ausübung des Notwegrechts

In vielen Fällen läßt sich aus der Lage der Grundstücke nicht ersehen, welche Richtung der Notweg nehmen und (oder) wie breit er sein soll. Oft erlauben die äußeren Umstände auch keinen Schluss auf die Modalitäten der Ausübung des Rechts z.B., ob der Weg nur begangen oder auch befahren werden darf. Das Notwegrecht bedarf daher der näheren Ausgestaltung.

A. Vertrag

Die nähere Ausgestaltung des Notwegrechts geschieht gewöhnlich durch Abschluss eines Vertrages zwischen dem Notwegberechtigten und dem Notwegverpflichteten. Der Vertrag bestimmt meistens auch die Höhe der zu leistenden Entschädigung. Eine solche Bestimmung ist aber nicht Gültigkeitserfordernis. Für die Form des Vertrages schreibt das ZGB in Art. 732 Privatschriftlichkeit vor.¹⁾

Der Vertrag hat in Frankreich und Deutschland nach allgemeiner Auffassung obligatorische Natur²⁾; er bindet deshalb spätere Erwerber des Grundstücks nicht. Auch der in der Schweiz abzuschließende Dienstbarkeitsvertrag hat nur schuldrechtlichen Charakter und ist nicht Teil des zur Entstehung der Notwegservitut führenden Geschäfts. Es gelten für ihn daher die schuldrechtlichen Vorschriften über Anfechtung und Gewährleistung etc.³⁾

B. Eintragung im Register/Grundbuch

I. Das Notwegrecht entsteht in Frankreich und Deutschland zwar kraft Gesetzes, erfordert zur näheren Ausgestaltung

- 1) Über den Grund für dieses Formerfordernis vgl. Huber, Vorträge, S. 232.
- 2) Nach Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 37a kann der Vertrag auch dinglich wirken. Ähnlich auch Kulenkampff, S. 37.
- 3) Liver, Art. 732 Nr. 2, 6; Neuenschwander, S. 414, 415.

aber einen Vertrag bzw. ein Urteil. Inwieweit und in welcher Form bedarf es in diesem Zusammenhang einer Publikation?

1) In Frankreich existiert kein Grundbuch in der Art, wie es das deutsche und schweizerische Recht kennen. Die Übertragung des Eigentums und die Begründung von beschränkten dinglichen Rechten vollzieht sich dergestalt, daß die bloße schuldrechtliche Willensübereinstimmung unmittelbar die Änderung der dinglichen Rechtslage herbeiführt.¹⁾

Die gleichwohl nach dem Dekret von 1955 über die Reform der Publizitätsregister²⁾ erforderliche Publikation³⁾ (publication, transcription) der beschränkten dinglichen Rechte ist nicht wie im deutschen und schweizerischen Recht Konstitutivfordernis, sondern Voraussetzung für die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts gegenüber Dritten (opposabilité aux tiers).^{4) 5)}

Für die Verbindlichkeit der Legal servituten gegenüber Dritten, also auch des Notwegrechtes, sieht das Dekret von 1955 jedoch keine Publikation vor. Legal servituten entstehen kraft Gesetzes, und das Gesetz ist gegenüber jedermann verbindlich. Dennoch gestehen Rechtsprechung und Literatur ein, daß auch für die Legal servituten ein gewisses Bedürfnis nach Publizität vorhanden ist.⁶⁾ In der Tat besteht ein Interesse an der Kennt-

-
- 1) Sog. Vertragsprinzip.- Dieser Grundsatz kommt in einer Reihe von Einzelbestimmungen zum Ausdruck; vgl. Art. 711 CC: "La propriété des biens s'acquiert et se transmet par ... l'effet des obligations"; ferner Art. 1138, 1583 CC.
 - 2) Über die französischen Publizitätsregister vgl. Blanke, S. 5 ff.
 - 3) Art. 28 des Dekretes vom 4.1.1955 J.O. 1955, S. 346 ff.
 - 4) Die Publikation ist auch nach der Reform von 1955 eine Frage des Verkehrsschutzes geblieben. Unrichtig Bärmann, AcP 155 (1956) S. 441 und Wolff/Raiser, S. 83, die die Eintragung für "eindeutig konstitutiv" halten.
 - 5) Die Publikation besteht in der Hinterlegung der Urkunde über die Begründung des beschränkten dinglichen Rechts bei einer Registerbehörde, dem bureau de la conservation des hypothèques. (Dieser Name stammt noch aus der Zeit, in der lediglich die Hypotheken einer Publikation bedurften).
 - 6) Cass. civ. 17.10.1950 J.C.P. 1950 II 5923 mit Anm. von Becqué.

nis z.B. des Verlaufs eines Weges, mag es sich um ein gewillkürtes oder um ein gesetzliches Wegerecht (Notwegrecht) handeln. So läßt sich Art. 37 des Dekrets von 1955 erklären, wonach der Vertrag über die Ausübung einer Legal servitut "pour l'information des usagers" publiziert werden kann.¹⁾

Diese lediglich fakultative Publikation trägt jedoch dem Publikationsbedürfnis nicht genügend Rechnung, so daß heute nach allgemeiner Auffassung die Publikation des Vertrages bzw. des Urteils Pflicht ist.²⁾³⁾ Die Vereinbarungen über die Richtung des Weges und das Ausmaß der Benutzung sowie über die Höhe der Entschädigung bzw. das diesbezügliche Urteil sind daher zu publizieren. Wenn die Publikation erfolgt ist, muß der Erwerber des belasteten Grundstücks das so fixierte Notwegrecht gegen sich gelten lassen.

Die Tatsache, daß so viel Wert auf die Publikation der vertraglichen bzw. urteilsmäßigen Fixierung gelegt wird, zeigt erneut, welch großes Gewicht der Regelung der Ausübung zukommt und daß erst durch die Publikation ein dauerhaftes Notwegrecht entsteht.

2) In Deutschland bedarf das Notwegrecht zu seiner Wirksamkeit keiner Eintragung im Grundbuch.⁴⁾ Kann es aber eingetragen werden, wenn der duldungspflichtige Nachbar die Eintragung bewilligt?

Eine Mindermeinung in der älteren Literatur, insbesondere Oberneck, bejaht die Eintragungsfähigkeit. Er reiht das Notweg- und Überbaurecht zusammen mit den Dienstbarkeiten und Reallasten unter die "begrenzten Rechte an Grundstücken" ein. In dieser Kategorie gehört das Notwegrecht zu den Rechten, die "zwar auch ohne Eintragung Wirksamkeit gegen Dritte haben und damit den Grundsatz über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs durchbrechen, deren Eintragung im Grundbuch jedoch, jedenfalls im Gesetz selbst, nicht ver-

1) Vgl. die Präambel des Dekrets von 1955: "un autre inconvénient considérable du régime actuel de publicité réside dans le caractère occulte des diverses charges grevant la propriété..."

2) Aberkane, Nr. 109; Varbonnier, S. 170, 171, 185; Villette, S. 372.

3) Dies war auch schon die Auffassung unter der Geltung des alten Transkriptionsgesetzes vom 23.3.1855. Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 239 bis S.12; Beudant/Voirin, Nr. 570; Civ. 16.12.1940

boten ist."¹⁾

Demgegenüber verneint die heute einhellige Meinung jegliche Möglichkeit der Eintragung des Notwegrechts. Eintragungsfähig seien grundsätzlich nur Rechte, deren Bestand bei einer Nichteintragung gefährdet ist,²⁾ also solche, die vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs betroffen werden.³⁾

Das Notwegrecht ist aber als gesetzlich entstehendes Recht vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs unabhängig.

II) In der Schweiz entsteht das Notwegrecht durch einseitige schriftliche Erklärung des pflichtigen Nachbarn⁴⁾ (Anmeldung) und durch die darauf beruhende Eintragung des Rechts im Grundbuch.⁵⁾⁶⁾

Dieses Verfügungsgeschäft ist im Unterschied zum BGB ein kausales Rechtsgeschäft.⁷⁾ Die Änderung der dinglichen Rechtslage hängt vom Bestehen eines gültigen Rechtsgrundes ab,⁸⁾ der hier der - die Ausübung des Rechts regelnde - Dienstbarkeitsvertrag ist.

Die Eintragung richtet sich nach den Bestimmungen über die Buchung der gewillkürten Servituten.⁹⁾ Die Notwegservitut

Forts.Fn.3) S.77

3) Gaz. Pal. 1941 I 190; Civ. 17.12.1950 J.C.P. 50 II 5923.

4) Vgl. S. 77 ff.; a.A. nur Roettgen, S. 47.

1) S. 634 ff., 639, 640, 646; ebenso Crusen/Müller, S. 261 III 1d. Nur für das vom BGB gleichermaßen konstruierte Überbaurecht: Goldmann/Lilienthal, S. 52 Fn.20; vgl. auch Dernburg, S. 452 Fn.6.

2) Z.B. infolge gutgläubigen Erwerbs.

3) Meikel/Imhoff/Riedel, Bd. 2, S. 1148.

4) Art. 963 ZGB. Haab, Art. 694-696 Nr.20; Bosshart, S. 54; Liver, Einltg.Nr. 94. Nach Forni, S. 48 ff. soll der Notwegberechtigte das Recht zur Anmeldung haben; gegen diese Ansicht zutreffend Caroni-Rudolf, § 23 II 3. Der Nachbar kann sich bei der Anmeldung auch durch den Erwerber des Notwegrechts vertreten lassen; Art. 16 Abs. 2 GbVO; Homburger, Art. 963 Nr. 15.

5) Art. 731, 963 ZGB. Vgl. R.Gmür, S. 144.

6) Das Grundbuchwesen in der Schweiz entspricht im wesentlichen dem in Deutschland. Das eidgenössische Grundbuch ist allerdings noch nicht in der ganzen Schweiz eingeführt. R. Gmür, S. 144 ff.

7) Vgl. Art. 965, 974, 975 ZGB.

8) Hierzu sehr anschaulich Guhl, Festgabe Bundesgericht, S. 98 ff., und rechtsvergleichend R.Gmür, S. 144 ff. und Betti, S. 105.

9) Art. 731, 942 ff. ZGB.

wird auf dem Blatt des berechtigten und des belasteten Grundstücks eingetragen.¹⁾ Da sie als gesetzliche Dienstbarkeit grundsätzlich dem Dienstbarkeitsrecht untersteht und teilweise eigenen Regeln folgt, soll bei der Eintragung kenntlich gemacht werden, daß es sich um ein aufgrund gesetzlichen Zwanges errichtetes Recht handelt.²⁾

Der Rang bestimmt sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Rechts.³⁾ Entscheidend ist das Datum der Eintragung⁴⁾ und bei außergrundbuchlicher Entstehung der Beginn der Rechtskraft des Urteils.⁵⁾ Damit aber das Notwegrecht seinen Zweck erreicht, muß es den Vorrang vor älteren dinglichen Nutzungs- und Grundpfandrechten haben. Wäre dies nicht der Fall, könnten z.B. rangbessere Grundpfandgläubiger bei der Zwangsvollstreckung seine Löschung verlangen, wenn durch den Bestand des Rechts ihre Deckung beeinträchtigt wird.⁶⁾

Durch die Löschung ginge das Notwegrecht zwar nicht endgültig unter, denn der Eigentümer hätte - wiederum in Wegenot - erneut einen Anspruch. Er müßte aber nochmals eine Entschädigung erbringen. Der Notlage wäre also nur in unzureichender Weise abgeholfen.⁷⁾ Die rangbesseren Dienstbarkeitsberechtigten und Grundpfandgläubiger sind deshalb verpflichtet, der Einräumung des Vorranges zuzustimmen. Der An-

1) Art. 698 ZGB; Liver, Art. 731 Nr. 47 ff.

2) Liver, Einltg. Nr. 104, Art. 731 Nr. 71, Art. 732 Nr. 39.

3) Prinzip der Alterspriorität. Nach der älteren Lehre nahm das Notwegrecht nicht an der Rangfolge der dinglichen Rechte teil, sondern ging als gesetzliche Eigentumsbeschränkung allen Rechten vor; Wieland, Art. 680 Nr. 3 b bb); Leemann, Art. 680 Nr. 24; Guhl, Festgabe Bundesgericht, S. 146; ferner Waldis, S. 179.

4) Art. 972 Abs. 1 ZGB; nach Abs. 2 ist unter gewissen Voraussetzungen eine Vordatierung möglich.

5) Zur außergrundbuchlichen Entstehung vgl. Kap. 5 C III 2.

6) Art. 812 Abs. 2 ZGB, Art. 142 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

7) Liver, Einltg., Nr. 103; Caroni-Rudolf, § 13 I.

spruch auf die Zustimmung kann auch im Klagewege durchgesetzt werden.¹⁾

C. Urteil

I. Falls sich die Parteien nicht gütlich über die Modalitäten des Notweges einschließlich der Entschädigung einigen, kann sich der wegenotleidende Eigentümer in Frankreich mit der action immobilière an die Gerichte wenden. Das angerufene Gericht prüft, ob die Wegenot und die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, und bestimmt ggfs. Richtung und Art des Notweges sowie die Höhe der Entschädigung.²⁾

Das Urteil hat nach absolut herrschender Doktrin deklaratorische Wirkung.³⁾ Es muß ebenso wie der Vertrag publiziert werden. Erst durch die Publikation wird es gegenüber späteren Erwerbern des pflichtigen Grundstücks verbindlich.⁴⁾

II. Wenn in Deutschland der pflichtige Nachbar die Duldung des Notweges verweigert, kann der Eigentümer die Duldungspflicht und zugleich Inhalt und Umfang des Benutzungsrechts in einem gewöhnlichen Zivilprozeß klären lassen.⁵⁾⁶⁾ Im Gegensatz zum CC

1) Liver, Einltg. Nr. 51,54,60,103; Deschenaux, ZBGR 58 (1957), S. 335/336; Meier-Hayoz, Syst. Teil Nr. 160,168; vgl. auch Art. 674 Nr. 75; Pittet, S. 48/49.

2) Tribou, S. 145 ff.; Colonna, S. 118 ff.

3) Vgl. Kap. 4 A II.

4) Vgl. Kap. 5 B I.

5) Der Eigentümer kann das Notwegrecht auch im Wege der Einrede bzw. Widerklage gegenüber der negatorischen Klage des Nachbarn geltend machen; Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 14.

6) Für eine Klage auf Duldung eines Notweges über ein städtisches Grundstück, das für den Feuerwehrdienst gewidmet ist, ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, BGH 25.4.1969 NJW 1969, S. 1437.

und ZGB enthält das BGB eine entsprechende Bestimmung. § 917 Satz 2: "Die Richtung des Notweges und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt." Die Wirkung des Urteils erstreckt sich auf andere Personen nur in den Grenzen des § 325 ZPO.¹⁾

III. In der Schweiz hat der wegenotleidende Eigentümer mehrere Klagemöglichkeiten, um zu seinem Notwegrecht zu kommen.

1) Lehnt der Nachbar es ab, mit ihm einen Dienstbarkeitsvertrag abzuschließen und die Anmeldung zum Grundbuch vorzunehmen, so kann er eine Leistungsklage mit dem Antrag erheben, den Nachbarn zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen zu verurteilen.²⁾ Wenn der Kläger bereits die Entschädigung erbracht hat, ersetzt das Urteil die vom Beklagten abzugebenden Willenserklärungen: Mitwirkung beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages und Anmeldung zum Grundbuch. Diese Vollstreckungswirkung tritt auf jeden Fall in den Kantonen ein, die eine dem § 894 ZPO entsprechende Norm in ihre Zivilprozeßordnungen aufgenommen haben.³⁾ Unter Bezugnahme auf das Urteil kann der Kläger von sich aus die Eintragung der Legal servitut im Grundbuch erwirken.⁴⁾ Mit der Eintragung entsteht dann das Notwegrecht.

Meistens ist die Entschädigung jedoch Gegenstand des Prozesses, so daß deren Höhe im Urteil bestimmt werden muß. In diesem Fall ersetzt das Urteil, - da nach Art. 82 OR der Beklagte zur Leistung nur verpflichtet ist, wenn der Kläger selbst erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet, - allein die Erklärungen

1) Buch, S. 92; Planck/Strecker, § 917 Nr. 2a.

2) Liver, Einltg. Nr. 97.

3) In der Schweiz gibt es die für das Verfahren vor dem Bundesgericht geltende bundesrechtliche ZPO (Bundesgesetz über den Zivilprozeß vom 4.12.1947) und die jeweiligen kantonalen Zivilprozeßordnungen. Eine dem § 894 der deutschen ZPO entsprechende Vorschrift enthalten nur der Bundeszivilprozeß (Art. 78) und ein Teil der kantonalen Zivilprozeßordnungen (z.B. Art. 407 ZPO Bern). Zweifelhaft ist, ob auch in den anderen Kantonen das Urteil die Erklärung ersetzt, zu deren Abgabe der Beklagte verurteilt worden ist. Bejahend: Guldener, S. 609; Leuch, S. 414 Nr. 1a; v. Thur/Siegiwart, Bd. 2, S. 530. Verneinend: Kummer, ZSR 73 (1954) S. 186/187; Kassationsgericht Zürich 14.2.1955 BlZR 54 (1955) S. 186 ff. (188).

4) Art. 963 Abs. 2 ZGB, Art. 18 GbVO.

hinsichtlich des Dienstvertrages, nicht aber die Anmeldung zum Grundbuch. Erst wenn gerichtlich festgestellt ist, daß der Eigentümer die Entschädigung erbracht hat, tritt die volle Vollstreckungswirkung ein: Die in der Anmeldung zum Grundbuch enthaltende Erklärung gilt als abgegeben.¹⁾ Die darauf im Grundbuch vorzunehmende Eintragung hat ebenfalls konstitutiven Charakter.

2) Der wegenotleidende Eigentümer kann auch im Wege der Gestaltungsklage gemäß Art. 665 Abs. 1 ZGB die unmittelbare Zusprechung des Notwegrechts erreichen.²⁾ Die Vorschrift des Art. 665 Abs. 1 ZGB, wonach das obligatorische Grundgeschäft dem Erwerber eines Grundstücks in dem Fall, in dem der Verkäufer sich weigert, das Eigentum zu übertragen, ein Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums verleiht, gilt gem. Art. 731 Abs. 2 ZGB auch für die Grunddienstbarkeiten und damit auch für die Legalservituten.³⁾

Der wegebedürftige Eigentümer hat die Rechte aus Art. 665 ZGB nicht nur, wenn der Nachbar mit ihm zwar den Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen hat, sich aber weigert, die Anmeldung zum Grundbuch vorzunehmen, sondern auch dann, wenn der Nachbar beiden Verpflichtungen nicht nachkommt. In diesem Fall ist Erwerbsgrund iSd Art. 665 ZGB das Gesetz, denn das Gesetz statuiert den Anspruch auf Einräumung des Notwegrechts. Wenn schon ein vertraglicher Anspruch für die Anwendung von Art. 665 ZGB ausreichend sei, so müsse erst recht ein gesetzlicher genügen.⁴⁾ Je nachdem, ob die Entschädigung schon gezahlt ist

1) Art. 78 BZP, Art. 397 Abs. 2, Art. 407 ZPO Bern.

2) Das Nebeneinander von Leistungs- und Gestaltungsklage erklärt sich daraus, daß einige kantonale Zivilprozeßordnungen eine dem § 894 ZPO entsprechende Vorschrift nicht kannten, und der Bundesgesetzgeber mit Art. 665 ZPO eine wirksamere Vollstreckungsmöglichkeit für Ansprüche auf Übereignung etc. schaffen wollte; Caroni-Rudolf, § 15 I 6.

3) Liver, Einltg. Nr. 98, Art. 731 Nr. 33; Neuenschwander, S. 395; Caroni-Rudolf, § 15 I 4; Das Bundesgericht hat diese Frage offengelassen, BG 30.6.1960 BGE 86 II 235 (239). Vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von Liver ZbJV 97 (1961) S. 379/380, in der er die gerichtliche Zusprechung des Notwegrechts für zulässig hält; vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 674 Nr. 80 hinsichtlich der gerichtlichen Zusprechung des Überbaurechts.

4) Caroni-Rudolf, § 15 I 4.

oder nicht, spricht der Richter das Notwegrecht unbeschränkt oder mit Rücksicht auf Art. 82 OR Zug um Zug gegen Erbringung der Entschädigung zu. Im zweiten Fall tritt die volle Vollstreckungswirkung erst ein, wenn gerichtlich festgestellt ist, daß der Kläger gezahlt hat.¹⁾

Mit Rechtskraft der Entscheidung entsteht das Notwegrecht außerhalb des Grundbuchs. Die nunmehr erfolgende Eintragung bringt die formelle und materielle Rechtslage in Übereinstimmung, hat also lediglich deklaratorische Bedeutung.²⁾

3) Eine Feststellungsklage, die von einigen Autoren für die einzig zulässige Klage gehalten wird,³⁾ kann der wegebedürftige Eigentümer nicht erheben. Ihm fehlt das Feststellungsinteresse, da ihm die Leistungsklage zur Verfügung steht.⁴⁾

D. Ersitzung

Es kommt vor, daß der wegenotleidende Eigentümer das nachbarliche Grundstück längere Zeit überquert, ohne daß je in einem Vertrag oder Urteil die Richtung des Durchgangs und die Art der Ausübung festgelegt worden ist. Nachdem das belastete Grundstück den Eigentümer gewechselt hat, macht der neue Nachbar geltend, daß der Notweg nicht den gesetzlichen Vorschriften⁵⁾ entspreche, und verlangt die Verlegung.

1) Art. 78 BZP, Art. 397 Abs. 2, 407 ZPO Bern.

2) Guhl, Festgabe Bundesgericht, S. 118; Homberger, Art. 963 Nr. 22; Liver, Art. 731 Nr. 30; Deschenaux, ZBGR 38 (1957) S. 335; Pittet, S. 47. Vgl. auch BG 19.11.1959 BGE 85 II 474 (487).

3) Baumgartner, S. 42; Waldis, S. 178; vgl. auch Haab, Art. 694-696 Nr. 8, 21.

4) Caroni-Rudolf, § 15 I 7; a.A. Liver, Eintlg. Nr. 97, Art. 731 Nr. 34.

5) Art. 683 CC, § 917 BGB, Art. 694 ZGB.

Würde es sich nicht um einen Notweg, sondern um ein gewöhnliches Wegerecht handeln, wäre der Nachbar in Frankreich mit Rücksicht auf Art. 691 CC im Recht. Gemäß Art. 690 ff. CC sind nur ständige und sichtbare Dienstbarkeiten ersitzbar.¹⁾ Das Wegerecht als nichtständige Servitut kann nicht ersessen werden. Für das Notwegerecht statuiert jedoch Art. 685 Abs.

1 CC:

"L'assiette et le mode de servitude de passage pour cause d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu."²⁾

Der CC unterscheidet zwischen der Servitut als solcher und ihrer Ausübung.³⁾ Diese eigentümliche Spaltung eines Rechts, die im deutschen und schweizerischen Dienstbarkeitsrecht unbekannt ist, haben Praxis und Lehre in Frankreich kritiklos übernommen, wenngleich vereinzelt darauf hingewiesen wird, daß oft nicht zwischen der Ausübung einer Dienstbarkeit und der Dienstbarkeit an sich unterschieden werden könne.⁴⁾

Von dieser Zweiteilung ausgehend läßt Art. 685 CC die Ersitzung des Verlaufs des Weges und des Ausübungsmodus zu. Von der Ersitzung des Rechts konnte konsequenterweise keine Rede sein, da das Notwegerecht nach absolut herrschender Meinung und Rechtsprechung schon aufgrund des Gesetzes mit Eintritt der

-
- 1) Die Unterscheidung in ständige und nichtständige Dienstbarkeiten, die auch im Ancien Droit gemacht wurde, entstammt dem römischen Recht. Schönemann, S. 115; vgl. vorn S. 11.- Vorbild für die Regelung der Servitutenersitzung des CC war die coutume der Bretagne.- Vgl. über die Gründe, die zur Beschränkung der Ersitzung auf die ständigen Dienstbarkeiten im CC geführt haben, Heurterre, S. 317/318.
 - 2) Diese Bestimmung ist durch das schon mehrfach erwähnte Gesetz vom 20.8.1881 eingeführt worden und hat die bis dahin in der Literatur streitige Frage der Ersitzbarkeit des Notwegrechts im Sinne der Zulassung der Ersitzung entschieden. (Heinsheimer, S. 191; Zachariae/Crome, S. 527 Fn. 8). Die Rechtsprechung bejahte schon vor 1881 die Ersitzbarkeit des Notwegrechts; Cass. civ. 29.12.1847 S. 1849 I 134; Metz 19.1.1865 S. 1865 II 124.
 - 3) Diese Betrachtungsweise kehrt in Art. 708 CC wieder: Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.
 - 4) Vgl. z.B. Villette, S. 514; ferner Heurterre, S. 317 ff., 321.

Notlage entsteht.¹⁾ Dennoch läßt die Praxis im Widerspruch hierzu seine Entstehung auch noch durch 30-jährige Ersitzung zu.²⁾ Dagegen betont die französische Rechtslehre zu Recht, daß Gegenstand der Ersitzung nur die Richtung und die Art der Ausübung des Notwegrechts sei. Das Recht selbst, das schon kraft Gesetzes bestehe, könne nicht noch einmal ersessen werden.³⁾ Lediglich Baudry-Lacantinerie bejaht in konsequenter Weiterführung seiner Ansicht über die Entstehungsweise des Notwegrechts die Ersitzbarkeit der Notwegdienstbarkeit als solcher.⁴⁾ Die Ersitzung aufgrund von Art. 685 CC als neben Vertrag und Urteil dritte Möglichkeit, Richtung und Art des Notweges festzulegen, verlangt die 30-jährige ununterbrochene Benutzung eines bestimmten Weges. Der in der Benutzung liegende Besitz muß eine possession utile sein. Darunter versteht der CC den fortwährenden, ununterbrochenen, unbestrittenen, öffentlichen und unzweideutigen Eigenbesitz.⁵⁾

Sobald diese Voraussetzungen gegeben sind, tritt die Ersitzungswirkung ein. Das bedeutet: Der Nachbar, der die Passage bisher geduldet hat, kann nicht mehr einwenden, daß Richtung und Benutzung des Weges nicht den gesetzlichen Bestimmungen (Art. 683 CC) entsprechen.⁶⁾ Insbesondere kann er nicht mehr die Veränderung oder die Verlegung der Servitut beanspruchen.⁷⁾⁸⁾ Es tritt dem-

- 1) Bei der Beratung des Art. 685 CC vor dem Senat ist dies auch klar zum Ausdruck gekommen: "il n'avait pas à s'expliquer sur la prescription acquisitive du droit de passage en cas d'enclave, car ce droit est écrit dans la loi et n'a pas besoin, par conséquent, d'attendre du temps un titre que la loi lui donne;" Rapport von Clément, J.O. 1877 S. 1916; vgl. auch Féraud-Giraud, Nr. 747, 748.
- 2) Cass. civ. 21.4.1875 S. 1875 I 304; Cass. req. 27.12.1904 S. 1905 I 276 (Besprechung bei Savatier, Les grands arrêts, S. 208); Montpellier 5.2.1954 S. 1954 J. 299; Tribunal civil de Limoges 1.12.1949 Gaz. Pal. 1950 I 175; Cass. civ. 6.7.1959 D. 1960 Somm. 26.
- 3) Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 243 S. 42; Colonna, S. 70; Savatier, Rép. not. S. 663; Colin/Capitant, Nr. 99; Fournier, Nr. 58; Marty/Raynaud, Nr. 291; Mazeaud/Mazeaud, II Nr. 1385 Fn. 3; Henriot, Nr. 306; vgl. auch Heurterre, S. 317.
- 4) Nr. 1050; vgl. aber Nr. 1061, wo nur die Ausübung der Servitut als Gegenstand der Ersitzung angesehen wird.
- 5) Art. 2229 CC; Colonna, S. 73 ff.; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; Henriot, Nr. 306; Cass. req. 10.2.1941 S. 1941 I 123; Tribunal civil Limoges 1.12.1949 D. 1950 Somm. 28; Cass. civ. 15.5.1950 D. 1950 J. 482.
- 6) Colin/Capitant, Nr. 99; Marty/Raynaud, Nr. 291; vgl. auch Cass. civ. 17.6.1964 Gaz. Pal. 1964 II 245.
- 7) "La prescription, d'après l'art. 685 fixe irrévocablement l'assiette et le mode de passage"; Rapport von Clément bei der Beratung des Art. 685 CC, J.O. 1877, S. 1916.

nach der gleiche Effekt ein, als wenn die Ausübung des Rechts durch Vertrag oder Urteil bestimmt worden wären. Art. 685 CC greift aber auch ein, wenn ursprünglich durch Vertrag oder Urteil die Richtung des Durchganges bestimmt worden ist, der wegenotleidende Eigentümer aber einen hiervon abweichenden Notweg benutzt hat. Auch in diesem Fall muß der Nachbar die durch Ersitzung festgelegte Richtung gegen sich gelten lassen. Die Ersitzung modifiziert den Vertrag bzw. das Urteil.¹⁾

II. In der Schweiz können gemäß Art. 661, 662 iVm Art. 731 ZGB Dienstbarkeiten, die zu Unrecht im Grundbuch eingetragen sind, nach 10-jähriger²⁾ und Dienstbarkeiten, die nicht gebucht sind, nach 30-jähriger ununterbrochener und unangefochtener Ausübung ersessen werden.³⁾ Die Ersitzung durch 30-jährige Ausübung tritt allerdings nur zu Lasten von Grundstücken ein, die nicht im Grundbuch aufgenommen worden sind.⁴⁾

Steht die Notwegservitut zu Unrecht im Grundbuch, etwa weil der Dienstbarkeitsvertrag ungültig ist, so tritt nach 10-jähriger fortgesetzter Ausübung Ersitzungswirkung ein. Wenn der notleidende Eigentümer ständig einen bestimmten Weg benutzt, ohne daß ein Notwegrecht begründet ist, erwirbt er nach 30 Jahren allerdings eine gewöhnliche Grunddienstbarkeit; denn er konnte sich bei der Benutzung des Weges nicht auf einen

Forts.Fn.8 S. 85

Unberührt bleiben diese Ansprüche aber in dem Fall, in dem sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern, s.S. 118 ff.

1) Huc, Nr. 397; Baudry-Lacantinerie, Nr. 1062; Colonna, S. 71; Josserand, Nr. 1984; Henriot, Nr. 306; Zweifelnd Zachariae/Crome, S. 527 Fn. 8; Cass. req. 17.2.1886 S. 1886 I 457; Cass. civ. 13.8.1889 S. 1889 I 481; Cass. civ. 17.6.1964 J.C.P. 1964 II 13882 mit Anm. von Bulté.

2) Art. 661 ZGB: ordentliche oder Tabularersitzung.

3) Art. 662 ZGB : außerordentliche oder Extratabularersitzung.

4) Guhl, ZBJV 65 (1929) S. 260.

Titel stützen.¹⁾

III. Das BGB kennt nur eine Tabularersatzung von Grunddienstbarkeiten, § 900 Abs. 2. Als kraft Gesetzes entstehendes und nicht im Grundbuch eintragbares Recht ist das Notwegrecht nicht ersitzbar. Ebenso können auch nicht die Richtung des Weges und der Umfang des Benutzungsrechts ersessen werden.²⁾

E. Einstweilige Verfügung

Wenn ein Eigentümer in Wegenot gerät und sich nicht mit seinem Nachbarn über die Gewährung eines Notweges oder den Umfang des Benutzungsrechts einigen kann, muß er die Möglichkeit haben, in dringenden Fällen das Nachbargrundstück zu überqueren, ehe in einem Prozeß, der sich über geraume Zeit hinziehen kann, definitiv über das Notwegrecht entschieden wird.

In Frankreich bewilligt der Juge des référés dem Betroffenen eine provisorische Passage.³⁾ In Deutschland⁴⁾ und in der Schweiz⁵⁾ erfüllt eine einstweilige Verfügung den gleichen Zweck.

F. Vergleichende Betrachtung

Nach allen drei Rechtsordnungen wird der Inhalt des Notwegrechts alternativ durch Vertrag oder Urteil und im französischen Recht - sowie begrenzt im schweizerischen - auch durch Ersitzung bestimmt.

1) Neuenschwander, S. 399. Vgl. auch Meier-Hayoz, Art. 662 Nr. 1.

2) In der 2. Kommission wurde erwogen, diese Möglichkeit gesetzlich zu regeln; Protokolle, S. 3596. Vgl. auch Rüdenberg, S. 109 und Kraft, S. 346.

3) Cass. req. 10.4.1872 S. 1872 I 289; Bordeaux 31.3.1899 D. 1899 II 112; Féraud-Giraud, Nr. 669; Colonna, S. 113.

4) Loeb, S. 65. Einschränkung Rüdenberg, S. 67/68.

5) Vgl. Art. 326 ZPO Bern; Caroni-Rudolf, § 15 I 7, § 16 II. Vgl. auch Appellationshof Bern 6.7.1944 ZbJV 82 (1946) S. 41 ff.; einstweilige Verfügung für ein Durchleitungsrecht gemäß § 691 ZGB.

Die durch diese Mittel vorzunehmende Fixierung des Notweges, die im Interesse der Stetigkeit der nachbarlichen Verhältnisse wünschenswert ist, hat in den einzelnen Rechten unterschiedliche Bestandskraft. Diese ist am größten in der Schweiz, da das Notwegrecht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wird und folglich jeder Rechtsnachfolger die Belastung des Grundstücks gegen sich gelten lassen muß.

In Frankreich wird der gleiche Effekt dadurch erzielt, daß der Vertrag über die Modalitäten des Rechts bzw. ein entsprechendes Urteil in einem besonderen Register publiziert werden muß.¹⁾

Lediglich im deutschen Recht ist eine unanfechtbare Ausübung des Notwegrechts nicht gewährleistet, da eine Eintragungsmöglichkeit verneint wird.

Die Unsicherheit im nachbarlichen Verhältnis ließe sich zwar nicht ausräumen, aber doch reduzieren, wenn das Notwegrecht im Sinne einer Orientierung der Erwerber eingetragen würde.

1) Vgl. S. 76. f.

Hinter dem Grundsatz des französischen Bodenregisterrechts, wonach die Publikation nicht wie im deutschen und schweizerischen Recht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entstehung eines dinglichen Rechts ist, steht die sich auf einen betonten Individualismus gründende Anschauung, daß im Privatrechtsverkehr die autonomie de la volonté ausschließliche Grundlage für die Rechtsgestaltung sei. Der Wille der Parteien müsse auch ohne staatliche Mitwirkung Rechtsgeltung haben. Zu dieser Einstellung, die deutlich die Abneigung und das Mißtrauen der Franzosen gegenüber staatlichen Mitwirkungsbefugnissen im Privatrechtsverkehr verrät, bemerkt Chenu, S. 32: "Nul autre pays que la France, terre de l'individualisme, ne pouvait être plus favorable à l'éclosion d'un tel principe qui proclamait la puissance de la volonté individuelle, laquelle, s'exprimant dans un contrat, en assurait désormais la pleine exécution, sans le secours d'aucune formalité." Und eine Äußerung aus Elsaß-Lothringen, nachdem dort das (deutsche) Grundbuchgesetz vom 22.6.1891 in Kraft getreten war: "Il n'est pas bon que le Gouvernement se rende trop maître de la direction des affaires des particuliers; les personnes ne comptent plus assez." (zitiert bei Hedemann, Bd. 2. Teil, S. 116/117). Im Gegensatz zu diesem individualistischen Prinzip standen die deutschrechtlichen Anschauungen, die im liegenschaftlichen Rechtsverkehr, insbesondere in der Verfügung über den Boden, eine die Öffentlichkeit interessierende Angelegenheit sahen. Hiervon zeugt die Eintragung der Übereignung eines Grundstücks in öffentliche Bücher, welche Vorläufer des heutigen Grundbuchs sind; Conrad, S. 428/429; Vinding-Kruse, Bd. 2, S. 1114/1115.

Das Grundbuch dient dem Interesse des Rechtsverkehrs an der Kundbarmachung der dinglichen Rechtslage (Publizitätsfunktion). Die Kundbarmachung durch eine Buchung ist entbehrlich, wenn die tatsächlichen Verhältnisse das Recht offenkundig machen. Die Existenz des Notwegrechts kann infolge gewisser äußerer Zeichen, z.B. einer Wegeanlage, offenkundig sein. In einer Reihe von Fällen fehlt es aber an einer solchen "Kundgebung".¹⁾ Hierauf spielen einige Autoren an, indem sie bemerken, daß das BGB bei einzelnen Nachbarrechtsverhältnissen die Offenkundigkeit der Sachlage zu Unrecht unterstellt habe.²⁾

Vom Publizitätsprinzip her spricht also vieles dafür, die Eintragung des Notwegrechts im Grundbuch zuzulassen.³⁾ Durch die Eintragung wird das Notwegrecht aber nicht der Wirkung des öffentlichen Glaubens unterstellt, so daß sich der Erwerber weder auf die Eintragung noch auf das Schweigen des Grundbuchs verlassen kann. Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wäre daher eine solche Buchung getrennt von den Buchungen mit öffentlichem Glauben vorzunehmen.⁴⁾

Völlig lassen sich die nachbarrechtlichen Streitigkeiten, die aufgrund der vom BGB für das Notwegrecht gewählten Konstruktion entstehen können, nur vermeiden, wenn, wie empfohlen wird,⁵⁾ eine die Wegenot beseitigende Grunddienstbarkeit bestellt und im Grundbuch eingetragen wird. Das hat jedoch für den belasteten Nachbarn den Nachteil, daß das (vertragliche) Wegerecht beim Wegfall der Wegenot nicht erlischt.

1) Vgl. Buch, S. 100.

2) Locher, S. 27. Ähnlich Roettgen, S. 31, 37; Heck, S. 222 und Westermann, S. 320 (speziell für das Überbaurecht).

3) Vgl. Haab, Art. 641 Nr. 3, der abgesehen von der nach schweizerischem Recht konstitutiven Eintragung beim Notwegrecht ein Bedürfnis dafür bejaht, "daß der Eigentumsbeschränkung zum mindesten im Sinne einer Orientierung im Grundbuch Ausdruck gegeben wird." Ähnlich auch Meier-Hayoz, Art. 680 Nr. 64.

4) Locher, S. 27.

5) Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 13; Wolff/Raiser, S. 203; Figge, S. 412; Glaser/Dröschel, S. 243; vgl. auch Kulenkampff, S. 37.

6. Kapitel

Die Parteien

A. Anspruchsberechtigte

In allen drei Rechtsordnungen ist nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nur der Eigentümer berechtigt, den Notweganspruch geltend zu machen. Dem Eigentümer stehen in Deutschland die Inhaber grundstücksgleicher Rechte (z.B. Erbbaurecht)¹⁾ und entsprechend in der Schweiz die Inhaber in das Grundbuch aufgenommenen selbständiger und dauernder Rechte gleich (z.B. Baurecht und Quellenrecht).²⁾ Im letzteren Fall wird die Legal servitut zugunsten des Bau- bzw. Quellenberechtigten, nicht aber zugunsten des Eigentümers des mit diesem Recht belasteten Grundstücks begründet.³⁾

Über diese Praxis hinausgehend läßt die französische Literatur in erweiternder Auslegung des Art. 682 CC auch die Anspruchsberechtigung der sonstigen am Notwegbedürftigen Grundstück dinglich Berechtigten⁴⁾ zu, so des Nießbrauchers, des Gebrauchsberechtigten und des Erbpächters.⁵⁾ Zur Begründung beruft sie sich auf das Tatbestandsmerkmal "Ausnutzung des Grundstücks". Allen Inhabern der dinglichen Rechte, deren Zweck in der Ausnutzung des Grundstücks bestehe, sei die Möglichkeit zuzubilligen, den für die Ausübung der Rechte erforderlichen Zugang in eigener Person zu verlangen und durchzusetzen, anstatt hierzu auf den Eigentümer angewiesen zu sein.

-
- 1) § 11 Erbbaurechts VO. Grundstücksgleiche Rechte sind ferner das Erbpachtrecht (Art. 63 EGBGB) und das Abbaurecht hinsichtlich der bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Mineralien (Art. 68 EGBGB), soweit landesrechtlich geregelt. Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 3.
 - 2) Vgl. Art. 655 Abs. 2 Nr. 2 ZGB; Leemann, Art. 694 Nr. 20; Baumgartner, S. 14, 15, 29. - Das Baurecht (Art. 779 ZGB) entspricht dem Erbbaurecht des BGB. Ein Quellenrecht (Art. 704 Abs. 2, 780 ZGB) kennt das BGB nicht. Vgl. zu diesen "selbständigen Dienstbarkeiten" R.Gmür, S. 130.
 - 3) Haab, Art. 655 Nr. 15; Meier-Hayoz, Art. 655 Nr. 38.
 - 4) Laurent, Nr. 74; Colonna, S. 14; Colin/Capitant, Nr. 97; Marty/Raynaud, Nr. 291; Cass. civ. 16.6.1880 D. 1880 I 428.
 - 5) Art. 582 ff. (Nießbrauch); Art. 625 ff. (Gebrauchsrecht); Art. 937 ff. Code rural (Erbpacht).

Diese Ausdehnung des Kreises der Anspruchsberechtigten wird in der deutschen Literatur übereinstimmend abgelehnt,¹⁾ in der schweizerischen aber jüngst von einigen Autoren - dem französischen Beispiel folgend - befürwortet. Neuenschwander²⁾ hält den Nießbraucher³⁾ für befugt, die Einräumung einer Notwegservitut zugunsten des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks zu verlangen. Durch diese Lösung wird zwar das Bedürfnis des Nießbrauchers nach rationeller Ausübung seines Rechts befriedigt, doch wird dem Eigentümer u.U. nicht nur eine Legalservitut aufgedrängt, sondern er wird auch der Entschädigungspflicht ausgesetzt, wenngleich die Zahlungsverpflichtung im Innenverhältnis vom Nießbraucher übernommen wird. Diese für den Grundeigentümer nicht angängige Belastung vermeidet Karin Caroni-Rudolf,⁴⁾ indem sie dem Nießbraucher einen Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts zugunsten seiner eigenen Person zubilligt.⁵⁾ Dies hat zur Konsequenz, daß das Notwegrecht in einem solchen Fall mangels eines herrschenden Grundstücks zu einer Personaldienstbarkeit wird. Zur Rechtfertigung ihrer Ansicht beruft sich Karin Caroni-Rudolf auf die Verhältnisse bei den grundstücksgleichen Rechten des Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB: Ebensowenig wie die Zuerkennung von Legalservituten zugunsten dieser Rechte eine unzulässige Ausdehnung der Ansprüche auf ein nachbarliches Notrecht sei, ebensowenig sei es auch die Zubilligung von Legalservituten zugunsten anderer dinglicher Nutzungsrechte.

1) Vgl. statt aller Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 7. Ferner RG 20.3.1912 RGZ 79 S. 116 ff. (118/119). Abweichend lediglich Rüdenberg, S. 81: Der Nießbraucher kann die Notwegdienstbarkeit geltend machen; er ist aber nicht berechtigt, das Kannrecht auf Bestimmung des Notweges auszuüben.

2) S. 407/408.

3) Das gleiche gilt für die Inhaber von Dienstbarkeiten. In diesem Sinne auch Piotet ZbJV 104 (1968) S. 45, der namentlich den Inhaber einer Baurechtsdienstbarkeit, auch wenn diese gemäß § 655 Abs. 2 Ziff. 2 als Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, für anspruchsbefugt hält.

4) § 13 I.

5) Ähnlich auch schon Tobler, S. 29, 109 hinsichtlich des Anspruchs auf ein Durchleitungsrecht gem. Art. 691 ZGB.

Im übrigen handele es sich auch bei dem zugunsten eines Grundstücksgleichen Rechts eingeräumten Notwegrecht infolge des Fehlens eines Grundstücks materiell um eine Personaldienstbarkeit, wenn es auch formell als Realrecht konstruiert sei.¹⁾ Deshalb stehe das formale Bedenken, daß das Notwegrecht eine Personalservitut werde, nicht der Anspruchsberechtigung des Nießbrauchers entgegen.

Was die am wegebedürftigen Grundstück lediglich obligatorisch Berechtigten, in der Hauptsache Mieter und Pächter, angeht, so haben sie übereinstimmend keinen Notweganspruch.²⁾ Sie können sich zwecks Verschaffung des Notweges nur an den Eigentümer als Vertragspartner halten.³⁾

B. Anspruchsverpflichtete

Anspruchsgegner ist der jeweilige Eigentümer des pflichtigen Grundstücks. Kommen mehrere Nachbarn für die Einräumung des Notweges in Betracht, so reicht es aus, wenn der Berechtigte die Klage auf einen Nachbarn beschränkt.⁴⁾

Darüberhinaus sind in Deutschland gemäß § 917 Abs. 2 iVm § 916 BGB auch die am pflichtigen Grundstück Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten zur Duldung verpflichtet, wenn ihre Rechte mit dem Notwegrecht kollidieren.⁵⁾ In der Schweiz sind neben den Dienstbarkeitsberechtigten auch die Grundpfandgläubiger Anspruchsgegner. Ihre Verpflichtung geht dahin, dem Vorrang des Notwegrechts zuzustimmen.⁶⁾

- 1) Caroni-Rudolf, § 13 I unter Bezugnahme auf Guhl, Festgabe Huber, S. 95 und Haab, Art. 655 Nr. 15.
- 2) Vgl. statt aller Marty/Raynaud, Nr. 291; Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 7; Caroni-Rudolf, § 13 I; a.A. nur Colonna, S. 123.
- 3) Außerdem können sie Herabsetzung des Miet- bzw. Pachtzinses verlangen oder Schadensersatz oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 1721 CC, Art. 254, 255 ZGB, § 537 BGB).
- 4) Demolombe, Bd. 12, Nr. 620; Kraft, S. 341; Neuenschwander, S. 409.
- 5) RG 20.10.1924 Seuff A 79 (1925) Nr. 32; Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 10; vgl. auch Motive Bd. 3, S. 285.
- 6) Vgl. 5. Kap.

C. Vergleichende Betrachtung

Im Gegensatz zur in Frankreich herrschenden und in der Schweiz von jüngeren Autoren vertretenen Ansicht verneint die deutsche Lehre kategorisch die Berechtigung des Nießbrauchers sowie des Dienstbarkeitsberechtigten, im Falle einer Wegenot von den Nachbarn die Duldung eines Notweges zu verlangen, obwohl auch sie das Bedürfnis nach einem solchen Recht nicht von der Hand weisen kann. Anders als der Pächter und Mieter hat der Nießbraucher, wenn er einen Zugang benötigt, keinen Anspruch gegen den Eigentümer, ihm einen Notweg zu verschaffen. Der Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechts steht schlechter da als der obligatorisch Berechtigte.

Die Einbeziehung des Nießbrauchers in den Kreis der durch § 917 BGB Begünstigten entspricht dem mit dem Notwegrecht verfolgten Ziel einer rationellen Ausnutzung aller Grundstücke. Da die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauch den Eigentümer hindert, seine Befugnisse auszuüben, wird bei einer Ablehnung eines eigenen Anspruchs des Nießbrauchers die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks beeinträchtigt.¹⁾ Der deutsche Gesetzgeber läßt zu, daß Erbbauberechtigte und Erbpächter, also Personen, die ein weniger umfassendes Recht an einer Sache haben als der Eigentümer, ein Notwegrecht geltend machen können. Wenn auch das Erbbau- und das Erbpachtrecht mit Hilfe einer Fiktion den Grundstücken gleichgestellt werden, so ist doch materiell in diesen Fällen das Notwegrecht mit einem Recht und nicht mit einem Grundstück verknüpft. Auch beim Nießbrauch bestände das Notwegrecht zugunsten des Inhabers eines Rechts.

Der Nießbrauch steht auch insofern dem Erbbau- (Erbpacht)recht gleich, als er auf die volle Nutzung des Grundstücks gerichtet ist.

Die Anerkennung der Anspruchsberechtigung des Nießbrauchers dehnt auch nicht den anspruchsberechtigten Personenkreis in unzulässiger Weise aus. Durch die Geltendmachung des Notwegrechts erhält der Nießbraucher keine andere Benutzungsbefugnis, als wenn der Eigentümer seinen Notweganspruch durchsetzen

1) So Neuenschwander, S. 408 zur Begründung des Notweganspruchs des Nießbrauchers im schweizerischen Recht.

würde. Es bestehen daher auch nach deutschem Recht keine Bedenken, dem Nießbraucher einen Anspruch gegen den Nachbarn auf Duldung eines Notweges zu geben.

7. Kapitel

Die Entschädigung

A. Die Entschädigung im französischen und schweizerischen Recht

I. Die Parteien

Nach Art. 682 CC kann der wegebedürftige Eigentümer einen Notweg verlangen "à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner."

Gemäß Art. 694 ZGB ist der Notweg "gegen volle Entschädigung" einzuräumen.

Schuldner des Anspruchs auf die Entschädigung ist nicht eine individuell bestimmte Person, sondern der jeweilige Eigentümer der Enklave.¹⁾ Die Entschädigungspflicht ist kraft Gesetzes mit dem Eigentum am wegenotleidenden Grundstück verknüpft und hat daher ebenso wie die Pflicht, ein Notwegrecht einzuräumen, realobligatorischen Charakter.²⁾ Da sie kraft Gesetzes entsteht, kann sie in der Schweiz nicht im Grundbuch eingetragen werden. Der Erwerber des pflichtigen Grundstücks erhält durch die Kennzeichnung des eingetragenen Rechts als Notwegservitut Kenntnis von dem Bestehen einer Entschädigungspflicht.

In Frankreich ist die Vereinbarung über die Höhe der Entschädigung zu publizieren mit der Folge, daß sie von späteren Erwerbern nicht mehr angefochten werden kann.³⁾ Gläubiger der Entschädigungsforderung ist nach dem Wortlaut des Art. 694 ZGB nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks. Seine Rechtsstellung wird durch die Gewährung des Notweges am nachhaltigsten geschmälert. Beeinträchtigt wird aber auch die Position der am belasteten Grundstück Dienstbarkeitsberechtigten, und zwar dann, wenn diese dem Vorrang des Notwegrechts zugestimmt haben, bzw. der Vorrang ihnen gegenüber gerichtlich

1) Aberkane, Nr. 8; vgl. auch Nr. 34; Nancy 30.10.1894 S. 1897 II 190; Caroni-Rudolf, § 21, 4.

2) Jost, S. 80; Deschenaux, Festgabe Gutzwiller, S. 723 Fn. 42; Neuenschwander, S. 420; Pittet, S. 37; Aberkane, Nr. 8, 34.

3) Aberkane, Nr. 109.

durchgesetzt worden ist. Als nachrangig Berechtigte treten sie mit der Ausübung ihrer Dienstbarkeit hinter den Notwegberechtigten zurück. Aus diesem Grund wird auch ihnen ein Entschädigungsanspruch zugestanden.¹⁾

Aber auch Grundpfand- und Grundlastgläubiger können von der ihnen im Rang vorgehenden Notwegservitut betroffen werden, da diese den Wert des belasteten Grundstücks, ihres Haftungsobjektes mindert. Der Schaden realisiert sich aber erst im Falle der Verwertung des Grundstücks. Infolgedessen haben sie, da ihnen im Zeitpunkt der Einräumung des Notwegrechts kein Schaden entsteht, keinen Entschädigungsanspruch gegen den Inhaber der Notwegservitut. Sie können jedoch gegen den mit dem Notweg belasteten Eigentümer nach Art. 810 ZGB vorgehen, der Grundpfandgläubigern bei Wertminderungen des Haftungsobjektes, die ohne Verschulden des Eigentümers eintreten, einen Anspruch auf Sicherstellung aus der Entschädigungssumme gibt.²⁾ Der Sicherstellungsanspruch bezieht sich auf den Teil des als Entschädigung geleisteten Betrages, der der Wertminderung des Grundstücks entspricht.

II. Die Form der Entschädigung

Weder Art. 682 CC noch Art. 694 ZGB sagen etwas über die Form der Entschädigung aus. Daher wird es in beiden Ländern den Parteien freigestellt, die Zahlung einer einmaligen Kapitalsumme oder einer Rente zu vereinbaren.³⁾

-
- 1) Wieland, Art. 694 Nr. 7; Leemann, Art. 694 Nr. 39; Zürcher, S. 109; Bosshart, S. 45; Liver, Einltg. Nr. 69, 103; Pittet, S. 42.
 - 2) Leemann, Art. 810 Nr. 3; Bosshart, S. 45/46; Pittet, S. 42; Caroni-Rudolf, § 21, 4.
 - 3) Savatier, Rép. not. S. 662; Colonna, S. 39; Nancy 30.10.1894 S. 1897 II 190; Tribunal grande instance de Cahors 25.5.1961 D. 1961 Somm. 106; Wieland, Art. 694 Nr. 7; Leemann, Art. 694 Nr. 38; Haab, Art. 694-696 Nr. 22; ders. Art. 691 - 693 Nr. 12; Robichon, S. 221.

In der schweizerischen Literatur - in Frankreich wird die Frage nicht erörtert - ist streitig, welche Entscheidung der Richter zu treffen hat, wenn sich die Parteien nicht über die Form der Entschädigung einigen können. Nach der überwiegenden Meinung soll das Gericht nur die Möglichkeit haben, dem Nachbarn eine Kapitalabfindung zuzusprechen.¹⁾ Nur so sei das Interesse des Nachbarn, tatsächlich zu seinem Geld zu kommen, gewahrt. Sei nur eine Rente geschuldet, schwebe der Nachbar dauernd in der Ungewissheit, ob der Notwegberechtigte seine Rentenpflicht erfülle. Bei Nichterfüllung sei er auf eine umständliche und unter Umständen oft zu wiederholende Vollstreckung angewiesen.

Demgegenüber kann nach der Mindermeinung²⁾ der Richter auch die Zahlung einer periodisch wiederkehrenden Rente anordnen. Diese Form der Entschädigung sei im Hinblick auf die zumeist lang andauernde Benutzung des Nachbargrundstücks gerechter und angemessener. Zudem habe sie ihre Vorteile in dem Moment, in dem es zur Einschränkung oder zum Wegfall des Notwegrechts komme. Dann vermindere sich oder endige die Rentenpflicht, ohne daß ein Rückzahlungsproblem entstehe, was bei der Abfindung in Form einer einmaligen Kapitalsumme der Fall sei. Schließlich sei der Nachbar auch nicht durch eine eventuelle Zahlungsunfähigkeit des Notwegberechtigten gefährdet, da er Anspruch auf dingliche Sicherung der Rente habe.³⁾

Die Vorteile der Entschädigungsregelung im Sinne einer periodisch wiederkehrenden Leistung liegen auf der Hand, wenn das Notwegrecht existiert. Nicht stichhaltig ist jedoch das Argument, daß der Gläubiger der Rente einen Anspruch auf dingliche Sicherung habe. Der Notwegberechtigte kann sich zwar zur Bestellung eines Sicherungsrechtes bereiterklären; dazu verpflichtet ist er aber mangels gesetzlicher Bestimmung nicht.⁴⁾ Deshalb ist

- 1) Wieland, Art. 694 Nr. 7; Leemann, Art. 694 Nr. 38; Robichon, S. 221; Forni, S. 55; Bosshart, S. 41, und mit ausführlicher Begründung Caroni-Rudolf, § 20, 3.
- 2) Baumgartner, S. 40; Pittet, S. 41/42.
- 3) Baumgartner, S. 40; Grundlast (Art. 782 ff. ZGB) als dingliche Sicherung. Neuenschwander, S. 429 ff.; Maximalhypothek (Art. 794 Abs. 2 ZGB) als Sicherungsmittel. Vgl. auch Leemann, Art. 694 Nr. 38.
- 4) Worauf besonders Caroni-Rudolf hinweist, § 20, 3.

für das schweizerische Recht die Entschädigung in Form einer einmaligen Kapitalabfindung vorzuziehen.¹⁾

III. Funktion und Bemessung

Die Entschädigung hat die Aufgabe, einen Ausgleich dafür zu schaffen, daß der Nachbar auf eine zu seinem Grundeigentum gehörende Befugnis verzichten muß.

1) Maßgebend für ihre Höhe ist nach Art. 682 CC der Schaden, den der Nachbar durch die Duldung des Notweges erleidet. Er besteht im allgemeinen in der Entwertung des Grundstücks und der Beeinträchtigung der Nutzung. Die französische Rechtsprechung berücksichtigt auch noch andere Gesichtspunkte:²⁾ Benutzt der Eigentümer einen schon bestehenden Weg des Nachbarn, so hat er einen Teil der Unterhaltungskosten des Weges zu tragen.³⁾ Die Entschädigung kann auch in einer Beteiligung an den Erstellungskosten eines Weges bestehen, den der Nachbar angelegt hat. So ist namentlich in dem Fall entschieden worden, in dem Anlage eines Weges und Geltendmachung des Notweges zeitlich zusammenfielen.³⁾ Andererseits wird keine Entschädigung geschuldet, wenn - was allerdings selten vorkommt - der Notweg keinen Schaden verursacht.⁴⁾ Ferner entsteht keine Entschädigungsforderung, wenn die Wegenot aus der Teilung eines Grundstücks infolge eines Kauf - oder Erbauseinandersetzungsvertrages etc. resultiert (Art. 684 CC). Rechtsprechung⁵⁾ und Lehre⁶⁾ unterstellen in diesem Fall, daß das Recht auf den Zugang zum öffentlichen Weg in dem die Teilung herbeiführenden Vertrag stillschweigend vereinbart ist; infolgedessen kommt Art. 682 CC gar nicht zur Anwendung.⁷⁾ Angemessener ist aber,

1) So überzeugend Caroni-Rudolf, § 20,3.

2) Vgl. den Überblick bei Béraud, Nr. 95.

3) Grenoble 25.6.1924 D. 1926 II 41 mit Anm. von Rouast. Das Gericht bejaht einen Ausspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zustimmend Colonna, S. 43/44.

4) Demolombe, Bd. 12 Nr. 627; Colonna, S. 42; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784.

5) Nachweise bei Henriot, Nr. 311.

6) Planiol/Ripert, Nr. 929; Ripert-Boulanger, Nr. 3117; Colin/Capitant, Nr. 100.

7) Henriot, Nr. 294.

von Fall zu Fall zu untersuchen, ob nach dem Teilungsvertrag das Notwegrecht entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt werden sollte.¹⁾

2) Die Mehrheit der schweizerischen Literatur sieht in der durch Art. 694 ZGB angeordneten "vollen Entschädigung" gleichfalls einen Schadensersatz.²⁾³⁾

Der Schadensersatz soll, gleichgültig ob er aus unerlaubter oder - wie beim Notwegrecht - erlaubter Handlung⁴⁾ resultiert, die Nachteile ausgleichen, die aus dem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre entstehen. Dieser Grundsatz bedeutet, daß die zu zahlende Entschädigung der vermögensrechtlichen Einbuße entsprechen muß, die der Nachbar durch die Duldung des Notweges erleidet. Er bedeutet aber auch, daß kein Entschädigungsanspruch entsteht, wenn einmal ausnahmsweise kein Schaden eintritt.

Der Schaden wird in erster Linie darin bestehen, daß die Fläche, die der Notweg einnimmt, nicht mehr genutzt werden kann. Besteht das Durchgangsrecht in der Mitbenutzung eines schon bestehenden Weges, so liegt der Schaden in den erhöhten Unterhaltungskosten. Der Eigentümer kann jedoch keinen Beitrag zu den Kosten der Herstellung des Weges verlangen.⁵⁾ Schließlich ist bei der Entschädigung zu berücksichtigen, daß durch die Einräumung eines Weges das Grundstück gewöhnlich in seinem Verkehrswert sinkt.

Die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes verbietet es, die Entschädigung zu erhöhen, wenn der Notwegberechtigte die Notlage verschuldet hat.⁶⁾

1) Beudant/Voirin, Nr. 543; Aubry/Rau, (7) 3. Bd., Nr. 19.

2) Leemann, Art. 694 Nr. 36; Haab, Art. 694-696 Nr. 22; Baumgartner, S. 37; Zürcher, S. 110; Waldis, S. 175; Caroni-Rudolf, § 19 II mit ausführlicher Begründung; BG 20.1.1919 BGE 45 II 23 (25).

3) Beim Durchleitungsrecht (Art. 691) heißt es eindeutig: "Voller Ersatz des ... (durch die Durchleitung) verursachten Schadens."

4) Eine erlaubte Handlung liegt u.a. auch bei den übrigen nachbarrechtlichen Notrechten vor; v. Tuhr/Siegwart, Bd. 1, S. 394.

5) BG 30.1.1919 BGE 45 II 23(25).

6) H.M. vgl. oben Fn. 2; a.A. Wieland, Art. 694 Nr. 7 unter Hinweis auf § 141 Privatrechtsgesetzbuch Zürich. Tribunal cantonal du Canton de Vaud 20.9.1944 SJZ 42(1946)S.122 ff. (für den Notbrunnen).

Zu im wesentlichen gleichen Ergebnissen kommen auch die Autoren, die die - erzwingbare - Einräumung des Notwegrechts mit einer Enteignung vergleichen und die Entschädigung nach Enteignungsgesichtspunkten bemessen wollen.¹⁾

Auch hiernach richtet sich die Höhe der Entschädigung nach dem Ausmaß des eingetretenen Schadens.

Die Bestimmung der Entschädigung nach Schadensersatzgesichtspunkten bzw. Enteignungsgrundsätzen ist neuerdings von Neuen-schwander²⁾ kritisiert worden. Unter Betonung der "grundsätzlich vertraglichen Natur des Vorganges" bei der Einräumung des Notwegrechts betrachtet er die Entschädigung als Entgelt für die vom Nachbarn zu erbringende Leistung. Ihre Höhe bestimme sich nach dem Betrag, "der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ortsüblicherweise für eine entsprechende Dienstbarkeit an einem entsprechenden Grundstück bezahlt würde."³⁾ Dieser Betrag sei regelmäßig höher, als wenn sich die Summe lediglich nach dem Schadensausmaß berechne.

Dieser Auffassung widerspricht Karin Caroni-Rudolf⁴⁾ mit der zutreffenden Begründung, daß man wohl bei Grundstücken, nicht aber bei Dienstbarkeiten von einem nach objektiven Maßstäben zu bestimmenden Verkehrswert sprechen könne. Außerdem wäre es unbillig, wenn der Notwegverpflichtete eine über seinen Schaden hinausgehende Summe bekäme und somit aus der Notlage seines Nachbarn Profit ziehen könnte.

IV. Zeitpunkt der Erbringung der Entschädigung

Art. 682 CC und Art. 694 ZGB lassen nicht erkennen, zu welchem Zeitpunkt die Entschädigung erbracht werden muß.⁵⁾

1) Bosshart, S. 41; Liver, Einltg. Nr. 88.

2) S. 424 ff.

3) S. 425.

4) Kap. 19 II.

5) Im Gegensatz zu Art. 691 ZGB (Durchleitungsrecht), der vorgängigen Ersatz fordert.

Ein großer Teil der französischen Literatur¹⁾, vor allem ältere Autoren verlangen, daß die Entschädigung vorgängig (préalable) der Ausübung des Notwegrechts gezahlt werde. Zur Begründung wird auf die Regelung der Enteignung verwiesen (Art. 545 CC), wonach die Entschädigung ausdrücklich vorgängig geleistet werden muß. Die Anwendung dieser Regel auf das Norwegrecht bedeutet, daß sich der Nachbar bis zur Zahlung der Entschädigung gegen die Inbesitznahme des Notweges wehren kann. Diese Folgerung steht allerdings mit der von den gleichen Autoren vertretenen Auffassung in Widerspruch, daß das Notwegrecht mit Eintritt der Wegenot unmittelbar kraft Gesetzes entsteht. Konsequenterweise müßte der notleidende Eigentümer schon in diesem Augenblick das Nachbargrundstück passieren können, ohne daß dies von der Leistung einer Entschädigung abhängig gemacht werden könnte.

Nach der überwiegenden Meinung braucht keine vorherige Zahlung zu erfolgen.²⁾ Der notleidende Eigentümer dürfe schon vor der Leistung der Geldsumme das Nachbargrundstück betreten. Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung allerdings, daß über die Höhe der zu zahlenden Entschädigung eine Vereinbarung getroffen worden ist.³⁾

2) In der Schweiz verlangt ebenfalls ein Teil der Autoren vorherige Zahlung der Kapitalabfindung.⁴⁾ Diese Ansicht kommt in dem Fall zu einem mißlichen Ergebnis, in der der Nachbar nach Empfang der Entschädigung sein Grundstück weiter veräußert, ohne dem Notwegberechtigten den Notweg einzuräumen. Der Notwegberechtigte muß dann, wenn er von dem Rechtsnachfolger ein Notwegrecht verlangt, erneut eine Entschädigung zahlen.⁵⁾

1) Duranton, Nr. 429; Solon, Nr. 320; Demolombe, Bd. 12 Nr. 631; Colonna, S. 40, 58; Laborde-Lacoste, Nr. 2063; Ripert/Boulanger, Nr. 3117; Colin/Capitant, Nr. 99.

2) Laurent, Nr. 96, 97; Pardessus, Nr. 221; Savatier, Rép.not. S. 662; Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 243 S. 50; Marty/Raynaud, Nr. 290; Villette, S. 236; Cass. req. 7.5.1879 D. 1879 I 460 und Note.

3) Cass. civ. 24.1.1922 D. 1925 I 68; Cass. civ. 15.5.1950 D. 1950 J. 482 und Note.

4) Forni, S. 55; Bosshart, S. 41; Jost, S. 80.

5) Baumgartner, S. 47; Haab, Art. 694-696 Nr. 22.

Die heute herrschende Meinung¹⁾ lehnt die vorgängige Leistung ab und tritt unter Anwendung von Art. 82 OR für die Erbringung der Entschädigung Zug um Zug gegen Einräumung des dinglichen Rechts ein. Der Nachbar habe eine Leistung zu erbringen: Die Bestellung einer Notwegdienstbarkeit. Diese geschehe aber nicht unentgeltlich; der Nachbar habe vielmehr Anspruch auf eine Gegenleistung : die Entschädigung. Leistung des einen und Leistung des anderen seien synallagmatisch miteinander verknüpft. Die Erfüllung dieses synallagmatischen Vertrages erfolge nach der Regel des Art. 82 OR Zug um Zug. Gegen Erhalt der Entschädigung habe der Nachbar die Anmeldung zum Grundbuch vorzunehmen.

V. Verjährung

Art. 685 Abs. 2 CC²⁾ bestimmt, daß die Klage auf Zahlung einer Entschädigung verjährbar ist. Bei der Verjährung sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Ist vertraglich oder in einem Urteil die Höhe der zu zahlenden Entschädigung festgelegt, beginnt zu diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist nach den allgemeinen Vorschriften zu laufen, die gemäß Art. 2262 CC 30 Jahre beträgt.

Wenn keine Regelung über die Entschädigungsfrage getroffen worden ist, greift Art. 685 Abs. 2 CC ein. Der Nachbar, der jahrelang einen Notweg über sein Grundstück geduldet hat, ohne eine Entschädigung zu beanspruchen, soll nach 30 Jahren nicht mehr das Recht haben, von dem Notwegberechtigten Zahlung zu verlangen, was ihm wegen der gesetzlich begründeten Entschädigungspflicht zustehen würde, wenn Art. 685 Abs. 2 CC nicht vorhanden wäre. Die Verjährung beginnt mit der Ausübung des Notwegrechts zu laufen.³⁾ Auch nach schweizerischem Recht

1) Baumgartner, S. 47; Haab, Art. 694 Nr. 22; Pittet, S. 37; Caroni-Rudolf, § 22, 1.

2) Art. 685 Abs. 2 CC: "L'action en indemnité, dans le cas prévu par l'article 682, est prescriptible et le passage peut être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable."

3) Colonna, S. 78; Beudant/Voirin, Nr. 542; Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 243, S. 41/42; Vigneron, Art. 682-685 Nr. 117; Bastia, 2.8.1854, S. 1854 II 573; Cass. req. 30.1.1884 S. 1886 I 343.

Recht unterliegt der Entschädigungsanspruch der Verjährung.¹⁾
Diese beginnt mit der Entstehung des Notwegrechts, also mit der Eintragung im Grundbuch und läuft gemäß Art. 127 OR nach 10 Jahren ab.²⁾

B. Im deutschen Recht

I. Rente als Entschädigungsform

Gemäß § 917 Abs. 2 iVm § 913 Abs. 2 BGB ist der Nachbar, über dessen Grundstück der Notweg führt, durch eine jährlich im voraus zu entrichtende Geldrente zu entschädigen. Dies gilt auch, wenn der duldungspflichtige Nachbar aufgrund der in § 918 Abs. 2 BGB aufgeführten Kriterien bestimmt worden ist.³⁾ Da das Gesetz als Entschädigungsform ausdrücklich die Rente nennt, hat der duldungspflichtige Nachbar keinen Anspruch auf eine einmalige Kapitalabfindung.⁴⁾ Die Parteien können allerdings eine solche vereinbaren.⁵⁾

II. Die Parteien

Schuldner der Rente ist, wie aus der in § 917 Abs. 2 Satz 2 ausgesprochenen Verweisung auf die Vorschriften über die Überbaurente hervorgeht, der jeweilige Eigentümer des wegenotleidenden Grundstücks.⁶⁾ Immer ist der Eigentümer rentenpflichtig, auch wenn er das Grundstück zur Nutzung einem Dritten, z.B. einem Pächter, überlassen hat.⁷⁾

1) Meier-Hayoz, Syst. Teil, Nr. 175.

2) Leemann, Art. 694 Nr. 42; Neuenschwander, S. 423; Obergericht Aargau 9.5.1913 SJZ 11 (1914/1915) S. 109.

3) Süssheim, S. 357; Vgl. Kap. 3 B II 2.

4) Süssheim, S. 364; Meisner/Stern/Hodes, S. 504.

5) Süssheim, S. 361.

6) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 913 Abs. 1.

7) BGH 11.11.1959 NJW 1960 S. 93; BGH 10.7.1963 LM § 917 Nr. 6.

Gläubiger der Rente sind nicht nur der Eigentümer des pflichtigen Grundstücks, sondern auch die an diesem Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten, sofern ihre Rechte durch den Notweg beeinträchtigt werden.¹⁾ Inhaber anderer dinglicher Rechte, insbesondere Hypothekengläubiger, sind nicht rentenberechtigt. Ihnen haften im Falle der Verwertung des Grundstücks die Ansprüche des Eigentümers auf die Rente.²⁾

III. Rechtsnatur

Das Recht auf die Rente entsteht wie das Notwegrecht kraft Gesetzes, ohne daß es einer Vereinbarung der Parteien oder einer Eintragung im Grundbuch bedarf. Eine Eintragung ist sogar ausdrücklich ausgeschlossen.³⁾ Der Rang des Rentenrechts genießt kraft gesetzlicher Anordnung Priorität gegenüber allen dinglichen Rechten am notwegbedürftigen Grundstück.⁴⁾

Durch die Verweisung auf die Normen über die Überbaurente, die ihrerseits die Vorschriften über die subjektiv-dingliche Reallast für anwendbar erklären, will das BGB die Notwegrente wie eine dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehende Reallast behandelt wissen.⁵⁾ Eine wesentliche Folge davon ist, daß der Notwegberechtigte für die Rente gem. § 1108 BGB auch persönlich haftet.⁶⁾ Gleichwohl ist die Notwegrente ihrer Rechtsnatur nach ebensowenig eine (gesetzliche) Reallast⁷⁾ wie die Pflicht, den Notweg zu dulden, eine (gesetzliche) Grunddienstbarkeit ist. Vielmehr gehört sie zum Eigentumsinhalt

1) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 916 BGB.

2) §§ 96, 1126 BGB. Loeb, S. 54; Soergel/Siebert/Baur, § 1126 Nr. 2.

3) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 914 Abs. 2 Satz 1.

4) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 914 Abs. 1 Satz 1.

5) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 914 Abs. 3 iVm § 1105 ff.
BGH 10.7.1963 LM § 917 Nr. 6.

6) Damit besteht die Möglichkeit der Vollstreckung in das gesamte Vermögen des Notwegberechtigten.

7) Dieses behaupten einige Autoren; andere sprechen von einem reallastähnlichen Recht; vgl. die Angaben bei Staudinger/Seufert, § 914 Nr. 1; ferner Rüdenberg, S. 119/120.

selbst: Das Rentenrecht zum Inhalt des Eigentums am duldungspflichtigen, die Rentenpflicht zum Inhalt des Eigentums am notwegberechtigten Grundstück.

IV. Beginn und Bemessung der Rente

Die Pflicht, die Rente zu zahlen, entsteht in dem Augenblick, in dem der Eigentümer von seinem Nachbarn die Duldung des Notweges verlangt. Die Wahl dieses Zeitpunktes ist angemessen, weil in diesem Moment die Belastung für den Nachbarn fühlbar wird und so der nachbarrechtlichen Forderung nach Gleichheit der Pflichten entsprochen wird.¹⁾

Der gleiche Zeitpunkt ist auch maßgebend für die Feststellung der Wertverhältnisse zur Berechnung der Rente.²⁾³⁾ Als gesetzlich besonders geregelter Schadensersatz - und nicht als Anerkennungsgebühr - bemißt sich die Rente, wie in Frankreich und der Schweiz, nach der Einbuße, die das Grundstück durch die Auferlegung des Notweges erleidet. Der hierdurch für die Enklave erzielte Nutzen bleibt bei der Bemessung außer Be-

-
- 1) LG Mosbach 20.9.1960 MDR 1960 S. 1013; Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 9; Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 17; Palandt/Degenhart, § 917 Nr. 4 - Beide Momente werden nicht berücksichtigt, wenn maßgebender Zeitpunkt (schon) der Eintritt der Wegenot (so Motive Bd. 3 S. 291) oder (erst) die Bestimmung der Richtung des Weges und des Umfanges des Benutzungsrechts sein soll (so Rüdenberg, S. 117 und Kulenkampff, S. 42).
- 2) Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 7.
- 3) Der über § 917 Abs. 2 Satz 2 an sich anwendbare § 912 Abs. 2 Satz 2: "Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend", ist nur auf die spezielle Lage beim Überbau zugeschnitten.

tracht.¹⁾²⁾ Die spätere Änderung der Wertverhältnisse, namentlich der Bodenpreise, hat auf die Höhe der einmal festgesetzten Rente keinen Einfluß.³⁾

V. Eintragung im Grundbuch

Wie bereits erwähnt, schließt das Gesetz sowohl eine konstitutive als auch eine deklaratorische Eintragung der Rente als solcher aus.⁴⁾ Gegenüber dieser Regelung ist entsprechend dem, was schon hinsichtlich der Nichteintragbarkeit des Notwegrechts hervorgehoben worden ist, einzuwenden, daß der Gesetzgeber das Publizitätsprinzip mißachtet hat.⁵⁾ Es kann daher auf jene Ausführungen verwiesen werden.⁶⁾

- 1) AG Wiehl 18.12.1958 (zitiert bei Glaser, S. 168); LG Köln 23.7.1959 MDR 1960 S. 50; LG Hamburg 12.1.1966 (zitiert bei Glaser, S. 172); Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 141, 142 Fn. 8; Staudinger/Seufert, § 917 Nr. 7; Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 18. Schulte, S. 130 ff., 136, sieht im Notwegrecht und anderen "unselbständigen privaten gesetzlichen Einwirkungsrechten" des Nachbarrechts eine "privatrechtliche Aufopferung." Hinsichtlich der Höhe der Rente ergibt sich hieraus kein Unterschied zur dargestellten Ansicht, denn der privatrechtliche Aufopferungsanspruch geht nach Schulte, (S. 141) nicht auf "angemessenen Ausgleich", sondern auf vollen Ersatz aller Nachteile.
- 2) So aber LG Mosbach 20.9.1960 MDR 1960 S. 1013 und Süssheim, S. 360.
- 3) LG Köln 23.7.1959 MDR 1960 S. 50; LG Mosbach 20.9.1960 MDR 1960 S. 1013; RGRK-Pritsch, § 917 Nr. 12.- Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn sich der Umfang des Benutzungsrechts etc. ändert, vgl. 9. Kap. A.
- 4) Die 2. Kommission (Protokolle S. 3557/3558) lehnte die Eintragbarkeit der (Überbau)rente ab, weil sie befürchtete, daß im Fall einer Löschung der gutgläubige Erwerber des duldungspflichtigen Grundstücks und die an diesem Realberechtigten ihre Rentenansprüche verlieren könnten.
- 5) A.A. Wolff, Bau auf fremdem Boden. S. 135, 147 Fn. 2 in Bezug auf die Überbaurente.
- 6) 5. Kap. F.

Das BGB führt aber den Grundsatz der Uneintragbarkeit der Rente nicht streng durch. § 914 Abs. 2 Satz 2 bestimmt:

"... zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich."¹⁾ Diese Eintragung findet immer statt, gleichgültig ob ein der gesetzlichen Höhe der Rente entsprechender oder ein niedrigerer oder höherer Betrag vereinbart wird.²⁾ Da jede vertragliche Fixierung der Rentenhöhe eine Änderung des gesetzlichen Inhalts der Rente bedeutet, muß gemäß § 877 iVm § 876 Satz 2 BGB die Zustimmung der am rentenberechtigten Grundstück dinglich Berechtigten eingeholt werden, soweit deren Rechte betroffen werden.³⁾ Eine Zustimmung der Inhaber dinglicher Rechte am rentenpflichtigen Grundstück ist dagegen in keinem Fall erforderlich.⁴⁾

Die Eintragung der Höhe der Rente, die auf dem Blatt des rentenpflichtigen Grundstücks vorgenommen wird,⁵⁾ bewirkt, daß spätere Erwerber die Rentenhöhe nicht mehr mit Erfolg anfechten können.

Kommt eine Einigung und somit eine Eintragung nicht zustande, bleibt die Höhe der Rente angreifbar. Falls im Wege eines Prozesses über die Rente entschieden wird, tritt Bindungswirkung in den Grenzen des § 325 ZPO ein.

VI. Erlöschen der Rente

Die Rente erlischt kraft gesetzlicher Vorschrift mit dem Untergang des Notwegrechts.⁶⁾ Diese Folge tritt auch ein, wenn

- 1) Der Entwurf 1. Lesung(§ 858) und 2. Lesung (§ 827) ließ keine Ausnahme von der Uneintragbarkeit zu; vgl. Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 147/148.
- 2) Wolff, Bau auf fremdem Boden. S. 149.
- 3) Da sich die Rechte der Realgläubiger (z.B. Grundpfandgläubiger) auf die Rente als Bestandteil des rentenberechtigten Grundstücks erstrecken, werden sie nur berührt, wenn der vertraglich fixierte Betrag niedriger als die gesetzliche Höhe der Rente ist; vgl. Staudinger/Seufert, § 914 Nr. 3.
- 4) Ihre Rechte werden durch die Eintragung der Rente nicht betroffen, da die Rente nur in Höhe ihres gesetzlichen Betrages den Vorrang genießt; vgl. Denkschrift, S. 125; Wolff, Bau auf fremdem Boden. S. 150.
- 5) Staudinger/Seufert, § 914 Nr. 3; Meisner/Stern/Hodes, S. 431,
- 6) § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 914 Abs. 1 Satz 2 BGB.

die Höhe der Rente eingetragen ist. In diesem Fall entsteht zugunsten des bisher Rentenpflichtigen ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB.

Der Berechtigte kann auch auf die Rente verzichten. Wenn der Verzicht dinglich wirken soll, muß gemäß § 875 BGB eine Verzichtserklärung abgegeben und ein Lösungsvermerk auf dem Blatt des rentenpflichtigen Grundstücks eingetragen werden.¹⁾ Ferner müssen gemäß Art. 876 Satz 2 BGB die Realgläubiger zustimmen, mit deren Rechten die Rente belastet ist.

Das Rentenrecht als ein zum Inhalt des Eigentums am duldpflichtigen Grundstück gehörendes Recht erlischt nicht durch Verjährung.²⁾ Der Anspruch auf die jährlich fällig werdende Rente verjährt dagegen gemäß § 197 BGB in vier Jahren.³⁾

1) So die überwiegende Meinung; vgl. Staudinger/Seufert, § 914 Nr. 4.

2) H.M.; vgl. Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 162/163; Süssheim, S. 364; Staudinger/Seufert, § 912 Nr. 25; a.A. Barre, S. 52: Verjährung in 30 Jahren.

3) Vgl. Motive Bd. 3 S. 286.

C. Vergleichende Betrachtung

Der in allen Ländern geltende Grundsatz, daß das Notwegrecht nur gegen Leistung einer Entschädigung ausgeübt werden kann, wird in Frankreich durchbrochen, wenn die Ursache für die Geltendmachung des Notweganspruchs in der Teilung des Grundstücks liegt. Die Entschädigung wird in diesem Fall versagt, weil unterstellt wird, daß sich die Duldungspflicht aus dem Teilungsvertrag nicht aber aus Art. 682 CC ergebe, die gesetzliche Entschädigungsregel also nicht eingreife. Dies führt zu einem unbilligen Ergebnis, falls die Parteien die Wegelast bei der Festsetzung des Kaufpreises nicht berücksichtigt haben.

Was die Form der Entschädigung angeht, so trifft durch die Erwähnung der Rente allein das BGB eine eindeutige Entscheidung. Ein Anspruch des Nachbarn auf Kapitalabfindung, wie er überwiegend im schweizerischen Recht angenommen wird, ist deshalb nach unserem Recht zutreffenderweise zu verneinen. Im Hinblick auf die ungewisse Dauer des Notwegrechts erscheint die Rente als die angemessenere Entschädigungsform. Sie wurde vom BGB vor allem auch deshalb gewählt, um die bei einer Kapitalabfindung im Falle des Erlöschens des Notwegrechts entstehenden Streitigkeiten um eine (teilweise) Rückzahlung der Entschädigung zu verhindern.¹⁾ In Frankreich und der Schweiz wird der Vorteil der Rente jedoch dadurch geschmälert, daß der Gläubiger keinen Anspruch auf dingliche Sicherung hat. Deshalb steht dort die einmalige Kapitalabfindung im Vordergrund. Hinsichtlich des Schutzes des Rentenberechtigten entstehen bei der deutschen Entschädigungsregelung keine Probleme, da die Rente wie eine Reallast behandelt wird.

Trotz der an sich geglückten Wahl der Rente als Entschädigungsform bleibt die deutsche Regelung unzulänglich, da das BGB die Eintragung der Rente im Grundbuch grundsätzlich ausschließt. Wenn die Parteien keinen Vertrag über die Höhe der Rente abschließen, ist sie für die Rechtsnachfolger angreifbar, was zu nachbarrechtlichen Streitigkeiten Anlaß geben kann. Insoweit

1) Schönnher, S. 31.

entspricht die französische Lösung infolge der Publikationspflicht in höherem Maße der Sicherheit des Rechtsverkehrs.

8. Kapitel

Rechts- und Besitzschutz

A) Rechtsschutz

I) CC und ZGB schweigen sich über eine Servitutenklage aus. Praxis und Lehre gestehen indes dem Inhaber einer Dienstbarkeit, also auch dem Notwegberechtigten, eine der actio negatoria des Eigentümers entsprechende Unterlassungs- und Beseitigungsklage zu.¹⁾ Diese Klage, konfessorische Klage (action confessoire)²⁾ genannt, schützt den Notwegberechtigten gegen eine Anmaßung eines beschränkten dinglichen Rechts am belasteten Grundstück, das die Ausübung seines Rechts beeinträchtigt, sowie gegen tatsächliche Behinderungen bei der Wegebenutzung.

Darüberhinaus wird in Frankreich die action confessoire geltend gemacht, um feststellen zu lassen, daß das Nachbargrundstück zugunsten des Eigentümers der Enklave mit einer Notwegdienstbarkeit belastet ist.³⁾⁴⁾

II) In Deutschland kann sich der Notwegberechtigte gegen Störungen durch Dritte mit der Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 1004 BGB zur Wehr setzen. Diesen Schutz genießt das Notwegrecht in seiner rechtlichen Eigenschaft als ein sich aus dem Eigentum ergebendes Recht.⁵⁾

B) Besitzschutz

I) Bedeutungsvoller ist für den Notwegberechtigten die Besitzschutzklage (action possessoire). Besitz ist nach Art. 2228 CC

1) Zachariae/Crome, S. 675; Lacombe, S. 109; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1724. Liver, Einltg. Nr. 74.

2) Die konfessorische Klage entspricht nur zum Teil der actio confessoria des gemeinen Rechts; vgl. Dernburg, Pandekten, S. 630 ff.

3) Zachariae/Crome, S. 675; Lacombe, S. 109; Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1724.

4) Im schweizerischen Recht hat die Feststellungsklage diese Funktion; Liver, Einltg. Nr. 77.

nicht nur die tatsächliche Sächherrschaft, sondern auch die tatsächliche Ausübung eines dinglichen Rechts (Rechtsbesitz). Inhaber von Dienstbarkeiten gelten nur in beschränktem Maße als Besitzer. Grundsätzlich verschaffen lediglich die sichtbaren und ständigen Dienstbarkeiten Besitz.

Servituten, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, werden als Ausübung von Eigentumsbefugnissen oder als vom Nachbarn bloß geduldete Handlungen (tolérances) angesehen, die weder Besitzschutz genießen noch ersessen werden können.¹⁾

Dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt. Nicht sichtbare und nicht ständige Servituten genießen nach ständiger Rechtsprechung Besitzschutz, wenn sich der die Dienstbarkeit Ausübende auf einen Titel berufen kann. Titel in diesem Sinne ist sowohl Rechtsgeschäft als auch Gesetz (titre conventionnel ou légal).²⁾ Die Notwegservitut ist zwar eine nicht ständige Servitut, beruht aber auf dem Gesetz.

Der Notwegberechtigte wird folglich als Besitzer angesehen, womit die Grundlage für die Zuerkennung des Besitzschutzes gegeben ist.

Im einzelnen setzt der Besitzschutz - ebenso wie die schon erwähnte Ersitzung - eine possession utile voraus.³⁾ Zudem

Fn. 5) S. 111

5) OLG München 1.12.1913 OLGE 29 (1914) S. 338 (339); Buch, S. 98. Unrichtig Kulenkampff, S. 66, wonach der Notwegberechtigte wie der Inhaber einer Dienstbarkeit konfessorischen Schutz gemäß § 1027 BGB genießt.

1) Vgl. Art. 691, 2231 CC.

2) Cass. req. 27.12.1904 S. 1905 I 276 (Besprechung in Savatier, Les grands arrêts, S. 210/211). Tribunal civil Saumur 14.5.1959 J.C.P. 1959 II 11262; Cass. civ. 11.4.1964 Bull. civ. 1964 II 208: "En matière d'enclave, le fait même de l'enclave constitue le titre qui permet d'exercer l'action possessoire." Cass. civ. 29.6.1964 J.C.P. 1964 II 13829; Savatier, Rép. not. S. 776; Solus, Rev. trim. civ. 1956 S. 557 mwN; Marty/Raynaud, Nr. 292.

3) Art. 2229 CC. Vgl. 5. Kap. D I.

muß der Notwegberechtigte ein Jahr lang einen bestimmten Weg benutzt haben.¹⁾ Es braucht jedoch nicht eine Vereinbarung über die Richtung des Weges und die Höhe der Entschädigung getroffen worden zu sein.²⁾

Das französische Recht kennt drei Besitzschutzklagen:³⁾ die complainte, die réintégrande und die dénonciation de nouvelle oeuvre.⁴⁾ Die complainte als Besitzschutzklage par excellence zielt auf die Beseitigung jedweder Störung ab, die den Berechtigten in der Ausübung seines Rechts beeinträchtigt. Während sie auf die Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung gerichtet ist, wendet sich der Notwegberechtigte mit der dénonciation gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung: Wenn z. B. der duldungspflichtige Nachbar Vorkehrungen trifft, die darauf hinauslaufen, den Berechtigten in der Benutzung des Weges zu beeinträchtigen, kann dieser auf Unterlassung klagen. Die réintégrande, die sich gegen die gewaltsame Entziehung einer Sache richtet, kann der Notwegberechtigte jedoch nicht erheben: Infolge der Unbeständigkeit der Notwegservitut sei keine wirkliche und aktuelle Innehabung des Notweges gegeben, so-

1) Diese Frist geht auf das germanische Recht zurück (Benutzung von Jahr und Tag); Mazeaud/Mazeaud, Nr. 1463. Vgl. auch Kohler, AcP 87 (1897) S. 252 ff.

2) Cass. civ. 27.2.1889 D. 1890 I 79; Cass. civ. 17.11.1896 S. 97 I 349; Cass. civ. 30.4.1941 Gaz. Pal. 1941 II 17; Cass. civ. 16.3.1954 Bull. civ. 1954 I 82; Tribunal civil de la Seine 21.3.1956 Gaz. Pal. 1956 I 399 (Bespr. von Solus Riv. trim. civ. 1956 S. 557 f.) Marty/Raynaud, Nr. 292; Aubry/Rau, (7) Bd. 2 Nr. 119.

3) Vgl. Art. 23 ff. Code de procédure civile.

4) Die "dénonciation de nouvelle oeuvre" wird von einigen Autoren als Variante der "complainte" angesehen; Marty/Raynaud, Nr. 211; Vgl. auch Tribou, S. 153.

daß von einer gewaltsamen Entziehung nicht gesprochen werden könne.¹⁾

II) Das ZGB stellt ebenso dem Sachbesitz die tatsächliche Ausübung der Grunddienstbarkeit gleich, Art. 919 Abs. 2.²⁾ Nach schweizerischer Auffassung ist jedoch mit der Ausübung einer affirmativen Grunddienstbarkeit umfassender Sachbesitz, jedenfalls aber Teilbesitz am belasteten Grundstück verbunden, so daß der Dienstbarkeitsberechtigte wie jeder andere Besitzer einer Sache Besitzschutz genießt, es also dafür keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Art. 919 Abs. 2 ZGB gewinnt deshalb lediglich für die negativen Dienstbarkeiten praktische Bedeutung, da sie keinen Besitz am pflichtigen Grundstück verschaffen.³⁾

Der Notwegberechtigte kann sich als Inhaber einer affirmativen Dienstbarkeit, ohne daß eine Anwendung des Art. 912 Abs. 2 ZGB erforderlich ist, gegenüber verbotener Eigenmacht wie jeder Besitzer durch Erhebung der Besitzschutzklage gemäß Art. 928/929 ZGB zur Wehr setzen. Mit dieser Klage wird die Beseitigung von Anlagen, die die Benutzung des Weges beeinträchtigen, sowie die Unterlassung weiterer Störungen begehrt.⁴⁾

III) In Deutschland ist bis heute streitig, ob der Notwegberechtigte Besitzschutz genießt. Ein Teil der Lehre⁵⁾, insbesondere Wolff/Raiser⁶⁾ und die (ältere) Rechtsprechung,⁷⁾

1) Cass. civ. 21.2.1950 Bull. civ. 1950 I 34; Tribunal de Saint Jean de Maurienne 24.10.1950 D. 1951 Somm. 57; Tribunal Paix Nice 27.8.1958 D. 1959 Somm. 23; Vigneron Art. 682-685 Nr. 121; Marty/Raynaud, Nr. 292; vgl. auch Solus Rev. trim. civ. 1956 S. 558. Lacombe, S. 114 und Tribou, S. 153 gestehen ohne weitere Begründung dem Notwegberechtigten auch die réintégration zu.

2) Vgl. Betti, S. 102.

3) Homberger, Art. 919 Nr. 21; Liver, Art. 737 Nr. 126 ff., unter Hinweis auf Heck, S. 59 ff. Abweichend Huber, Erläuterungen, S. 130, 140.

4) Art. 928 Abs. 2 ZGB; Homberger, Art. 928 Nr. 18, 21.

5) Lenz, Arch. f. Bürgerl. 33 (1909) S. 378, 379; Schönnher, S. 60/61; mit Vorbehalt Figge, S. 418.

6) S. 52; ferner S. 79 Fn. 21; S. 203.

7) OLG Colmar 12.7.1904 10 (1905) S. 110 (112).

wenden die §§ 859 ff. BGB direkt an.

Nach Wolff/Raiser schließt der Besitz am wegenotleidenden Grundstück auch den Besitz am Notweg ein." Der an einer Sache bestehende Besitz ergreift die Sache in denselben Beziehungen, in denen sie vom Eigentum ergriffen wird: Besitzobjekt und Eigentumsobjekt decken sich umfänglich."¹⁾

Diese Meinung trifft nicht für alle Fälle zu: z.B. braucht eine Eigentumsbeeinträchtigung, die gemäß § 1004 BGB abgewehrt werden kann, nicht notwendig auch eine Störung des Besitzes zu sein.²⁾ Außerdem berücksichtigt die Auffassung nicht in genügendem Maße, daß der Besitz ein rein tatsächliches Verhältnis ist und als solches mit dem Eigentum als einem Rechtsverhältnis hinsichtlich des Umfangs nicht übereinzustimmen braucht. Zwar hat der Berechtigte die Befugnis, den Notweg zu benutzen. Sie führt aber selbst bei häufiger Benutzung gewöhnlich zu keinem Sachbesitz an der Wegstrecke. Sachbesitz könnte je nach den örtlichen Verhältnissen dann bejaht werden, wenn der Notwegberechtigte zur Ausübung seines Rechts eine dauernde Anlage auf dem Nachbargrundstück unterhält.³⁾ Da abgesehen von dem zuletzt erwähnten Fall der Notwegberechtigte keinen Besitz an dem Notweg hat, können die Besitzschutzregeln nicht unmittelbar zu seinen Gunsten eingreifen.

Der Notwegberechtigte kann sich auch nicht unmittelbar auf § 1029 BGB berufen.⁴⁾ § 1029 BGB erklärt zugunsten des Besitzers eines Grundstücks die §§ 859 ff. BGB für anwendbar, wenn dieser in Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit gestört wird. Das Notwegrecht ist weder eine Dienstbarkeit noch wird es im Grundbuch eingetragen.

1) S. 52; ferner S. 79 Fn. 21; S. 203.

2) So zutreffend Rüdenberg, S. 112.

3) Buch, S. 98; Erman/Ronke, § 1029 Nr. 3; vgl. auch Protokolle Bd. 3 S. 313 (§ 979).

4) OLG Colmar 12.7.1904 OLGE 10 (1905) S. 110 (111).

Einige Autoren helfen mit einer analogen Anwendung des § 1029 BGB: § 1029 gelte in erster Linie für die Grunddienstbarkeiten, die nach Inkrafttreten des BGB entstanden sind, also für die, zu deren Entstehung eine Eintragung im Grundbuch erforderlich ist. Da nach dem 1.1.1900 Servituten nur auf diese Weise entstehen könnten, bedeute eine "für den Eigentümer im Grundbuch eingetragene" Grunddienstbarkeit eine "dem Eigentümer zustehende" Grunddienstbarkeit.¹⁾ Die in § 1029 BGB genannte Eintragung sei deshalb nicht als ein Erfordernis für die Zuerkennung des Besitzschutzes, sondern als Voraussetzung für die Existenz der Grunddienstbarkeit anzusehen. Im übrigen lasse sich aus Art. 191 EGBGB²⁾ entnehmen, daß auch ohne Eintragung (vor 1900) entstandene Dienstbarkeiten Besitzschutz genossen. Die fehlende Eintragung des Notwegrechts schließe deshalb die analoge Anwendung des § 1029 nicht aus.³⁾ Die seit jeher herrschende Meinung lehnt jedoch mit Rücksicht auf den Ausnahmecharakter des § 1029 BGB einen Analogieschluss ab: Es mangle an einer vergleichbaren Tatsachenlage zwischen Grunddienstbarkeit und Notwegrecht.⁴⁾ Rechtfertigung für den Schutz des Rechtsbesitzes (quasipossessorischer Schutz) bei einer Grunddienstbarkeit sei das Eingetragensein als Verwirklichung des das Sachenrecht beherrschenden Publizitätsprinzips. Deshalb sei es unrichtig, die in § 1029 BGB erwähnte Eintragung als Voraussetzung für die Entstehung und nicht

1) So ausdrücklich Karding, S. 426/427.

2) Abs. 1: "Die bisherigen Gesetze über den Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit finden auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung, bis das Grundbuch für das belastete Grundstück als angelegt anzusehen ist."

3) Rüdenberg, S. 113/114; Karding, S. 426 ff.; Kulenkampff, S. 73 ff.; Rosenthal/Bohnenberg, § 917 Nr. 3173; Westermann, S. 327. Vgl. auch Protokolle, S. 3597.

4) Leemann, S. 68; Crome, S. 294 Fn. 81; Loeb, S. 71; Cosack, S. 158; Biermann, § 917 Nr. 3; Buch, S. 100; Planck/Strecker, § 917 Nr. 2a S. 384; Staudinger/Kober, (10) § 917 Nr. VI 3; RGRK-Pritsch, § 917 Nr. 7; Palandt/Degenhardt, § 917 Nr. 3. Vgl. auch Motive Bd. 3 S. 292.

als Erfordernis für den Besitzschutz der Grunddienstbarkeit anzusehen. Dem Eingetragensein einer Grunddienstbarkeit in seiner Bedeutung als Schein (Sichtsbarmachung) des Rechts entspreche beim Notwegrecht keine gleiche oder ähnliche Einrichtung.¹⁾ Es sei daher nicht zulässig, den dem Inhaber einer Grunddienstbarkeit zugebilligten Besitzschutz auf den Notwegberechtigten auszudehnen.

Der herrschenden Meinung, die sich auch auf die Motive stützen kann, ist beizupflichten; denn sie geht zutreffend davon aus, daß das BGB nur ausnahmsweise einen possessorisch geschützten Rechtsbesitz zuläßt und zwar nur unter der Voraussetzung, daß das Recht auch "sichtbar" ist. Letzteres fehlt aber beim Notwegrecht.

Die Konsequenzen dieser Auffassung sind, daß der Pächter der Enklave einen wirksamen und raschen Schutz entbehren muß. Wird er in der Ausübung des Notwegrechts gestört, so kann er lediglich den Eigentümer auffordern, die Störung abzuwehren.

1) Vgl. 5. Kap. F.

9. Kapitel

Erweiterung, Einschränkung und Verlegung des Notweges

A) Erweiterung und Einschränkung

Bisweilen ändert der Grundeigentümer die Bewirtschaftung seiner Liegenschaft. Er baut z.B. auf einem bisher landwirtschaftlich genutzten Grundstück ein Mietshaus. Der bislang auf landwirtschaftliche Bedürfnisse zugeschnittene Notweg wird unzureichend. Der Eigentümer ist deshalb berechtigt, die Erweiterung des Weges zu verlangen.¹⁾²⁾ Art. 702 CC bzw. Art. 739 ZGB, die bei den gewillkürten Servituten die in der Erweiterung des Weges liegende Mehrbelastung des Nachbarn verbieten,³⁾ finden auf das Notwegrecht als gesetzliches Wege-recht keine Anwendung.⁴⁾⁵⁾ Dies ist verständlich, denn ein Verbot der Mehrbelastung würde eine vorteilhaftere Ausnutzung der Enklave blockieren und damit dem Zweck des Notwegrechts widersprechen. Der Eigentümer kann aber nicht von sich aus einfach den Notweg erweitern, sondern er muß in der gleichen Weise vorgehen wie bei einer erstmaligen Einräumung eines Notweges, nämlich indem er den Anspruch auf Erweiterung gegen den Nachbarn geltend macht. Dadurch wird gewährleistet, daß die Interessen des Nachbarn hinsichtlich einer angemessenen Erhöhung der Entschädigung gewahrt werden.

Im umgekehrten Fall, d.h. , wenn sich die Bedürfnisse für die Bewirtschaftung des wegenotleidenden Grundstücks verringert haben, muß sich der Eigentümer eine Einschränkung seines Not-

- 1) Für den Notbrunnen bestimmt Art. 710 Abs. 3 ZGB ausdrücklich, daß die getroffene Ordnung abgeändert werden kann.
- 2) Cass. civ. 11.5.1960 J.C.P. 1960 II 11838 unter Bestätigung von Montpellier 18.4.1958 S. 1958 J. 275 (Bespr. von Solus Rev. trim. civ. 1958 S. 639 ff.); Baudry-Lacantinerie, Nr. 1046; Villette, S. 499; Hansenne, S. 404 Fn. 1; Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 172; Köhler, S. 162; Regierungsrat Luzern 27.4.1918 SJZ 16 (1919/1920) S. 12; Stalder, S. 5; Baumgartner, S. 56; Waldis, S. 180.
- 3) Vgl. zu einem Fall des Art. 739 ZGB BG 22.2.1968 Praxis 58 (1969) Nr. 7.
- 4) Demolombe, Bd. 12 Nr. 611; Baudry-Lacantinerie, Nr. 1046; Villette, S. 499; Stalder, S. 5; Baumgartner, S. 56; Waldis, S. 180.
- 5) Das deutsche Dienstbarkeitsrecht erwähnt kein ausdrückliches Verbot der Mehrbelastung.

wegrechts gefallen lassen. Dies folgt aus dem Grundsatz des Beschwerdeminimums für das belastete Grundstück.¹⁾ Infolge der Verminderung der Belastung verringert sich die Rente.²⁾ In der schweizerischen Literatur ist streitig, ob die geleistete Entschädigung teilweise zurückgezahlt werden muß.³⁾

B) Verlegung

Auch auf Seiten des belasteten Nachbarn kann sich im Laufe der Zeit ein Bedürfnis nach einer Änderung - namentlich einer Verlegung - des ursprünglich fixierten Notweges einstellen.

I) Art. 701 Abs. 3 CC, eine Vorschrift des Dienstbarkeitsrechts, bestimmt: Wird die ursprüngliche Fixierung der Grunddienstbarkeit für die Bewirtschaftung des belasteten Grundstücks zunehmend hinderlicher oder steht sie der Errichtung von vorteilhaften Anlagen entgegen, so kann der Nachbar auf seine Kosten die Verlegung der Servitut auf einen anderen Teil seines Grundstücks verlangen, jedoch nur dann, wenn dadurch die Stellung des Berechtigten nicht beeinträchtigt wird. In Ermangelung einer Sonderbestimmung für die Legalservituten wird Art. 701 Abs. 3 CC auf das Notwegrecht angewendet.⁴⁾ Nach Laurent⁵⁾ soll der Notwegverpflichtete auch die Möglichkeit haben, die Verlegung auf ein anderes Grundstück zu verlangen. Dieses Recht habe er dann, wenn er - unterstellt, es handele sich um die ursprüngliche Geltendmachung eines Notwegrechts - beweist, daß bei Berücksichtigung der jetzigen Situation nicht er, sondern ein anderer Nachbar zur Duldung verpflichtet wäre.

1) Vgl. OLG Köln 4.5.1904, Puchelts Z 36 (1905) S. 60 ff.(63).

2) Haab, Art. 694 - 696 Nr. 24, und wohl auch Pittet, S. 117, bejahen und Neuenschwander, S. 433, verneint die teilweise Rückerstattungspflicht.

3) Vgl. Süssheim, S. 362/363.

4) Paris 21.5.1928 S. 1928 II 109; Tribunal civil Aix en Provence 9.5.1950 D. 1950 J.590; Demolombe, Bd. 12, Nr. 905; Marty/Raynaud, Nr. 291; Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 18.

5) Laurent, Nr. 94.

II) Auch nach deutschem Recht hat der Nachbar einen Verlegungsanspruch, wenn für ihn die Duldungspflicht infolger veränderter Umstände besonders beschwerlich wird, § 1023 BGB.¹⁾ Die Kosten der Verlegung treffen nach heutiger Ansicht nicht den Notwegverpflichteten, sondern in analoger Anwendung von § 12 Abs. 1 Satz 2 Telegraphenwegegesetz²⁾ und § 33 Abs. 1 Hessisches Nachbarrechtsgesetz³⁾ den Berechtigten.⁴⁾ Diese Vorschriften bestimmen, daß bei einer Verlegung von Telegraphen- bzw. Versorgungsleitungen der an den Einrichtungen Berechtigte und nicht der die Verlegung beanspruchende Grundeigentümer die Kosten zu zahlen hat. Da diese Einrichtungen mit dem Notweg gemeinsam haben, daß die Pflicht zur Duldung auf gesetzlichem Zwang beruht, und nur der tatsächliche Schaden ausgeglichen wird, während bei einer Grunddienstbarkeit ein Entgelt gezahlt wird, ist es gerechtfertigt, die Entscheidung über die Kosten § 12 Abs. 1 Satz 2 Telegraphenwegegesetz und § 33 Abs. 1 Hessisches Nachbarrechtsgesetz und nicht § 1023 BGB zu entnehmen.

III) Noch günstiger für den Nachbarn erweist sich der Verlegungsanspruch im schweizerischen Recht. Art. 742 ZGB besagt, daß der belastete Eigentümer bei Nachweis eines Interesses und Übernahme der Kosten die Verlegung der Grunddienstbarkeit auf eine andere, jedoch für den Berechtigten nicht weniger geeignete, Stelle des Grundstücks verlangen kann.

In Art. 693 ZGB heißt es indes, daß der zur Duldung eines Durchleitungsrechts Verpflichtete eine seinen Interessen entsprechende Verlegung der Leitung verlangen kann. Aus dieser Formulierung folgert die Lehre einen Anspruch auf Verlegung der Leitung auch auf eine für den Berechtigten weniger geeignete Stelle.⁵⁾ Zudem legt Art. 693 ZGB die Kosten der Verlegung

1) OLG Köln 4.5.1904 Puchels Z 36 (1905) S. 60 (63); Süssheim, S. 366; Kulenkampff, S. 63; Meisner/Stern/Hodes, S. 499.

2) Vom 18.12.1899.

3) Vom 24.9.1962.

4) Meisner/Stern/Hodes, S. 499; a.A. Süssheim, S. 366: Der belastete Eigentümer habe analog § 1023 BGB die Kosten zu tragen.

5) Haab, Art. 691-693 Nr. 18; Neuenschwander, S. 442; Caroni-Rudolf, § 24 II. Durch die Verlegung auf eine weniger geeignete Stelle darf allerdings kein Mißverhältnis zwischen dem Interesse des Eigentümers an der Ausübung seines Notwegrechts und dem

dem Berechtigten auf. Diese Besserstellung des zur Duldung von Leitungen Verpflichteten gegenüber dem mit einer Grunddienstbarkeit Belasteten hat seinen Grund in dem Zwangscharakter des Durchleitungsrechts (Zwangsservitut).

Da auch die Duldungspflicht in bezug auf den Notweg auf gesetzlichem Zwang beruht, bestimmt sich der Verlegungsanspruch des notwegpflichtigen Nachbarn zutreffend nach der für ihn günstigen Norm des Art. 693¹⁾ ZGB und nicht nach Art. 742 ZGB.²⁾

C) Vergleichende Betrachtung

Bei einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse hat der Notwegberechtigte in allen drei Rechten einen nach Inhalt und Umfang gleichen Anspruch auf Erweiterung des Notweges. Die Rechtsstellung des Verpflichteten, der ein legitimes Interesse an einer Verlegung hat, ist jedoch unterschiedlich geregelt: Während in Frankreich Dienstbarkeits- und Notwegverpflichteter gleich behandelt werden, ziehen die deutsche Lehre und noch weitergehend die schweizerische hinsichtlich des Umfangs des Anspruchs und der Kosten der Verlegung den Verpflichteten besserstellende Spezialregelungen heran. Französische Rechtsprechung und Lehre berücksichtigen, wie schon an mehreren Stellen deutlich geworden ist,³⁾ infolge pauschaler Anwendung des Dienstbarkeitsrechts nicht oder nicht in genügendem Maße den Zwangscharakter der Notwegverpflichtung. Sie gelangen deshalb, wie insbesondere das Beispiel der Verlegung des Weges zeigt, zu einer Unterbewertung der Interessen des duldungspflichtigen Nachbarn. Demgegenüber ist im deutschen und schweizerischen Notwegrecht die Proportionalität von Eingriff und Ausgleich das bestimmende Element.

Forts. Fn. 5 S. 120.

5) des Nachbarn an einer möglichst geringen Belastung eintreten. Vgl. 10. Kap. C.

1) Neuenschwander, S. 434, 442; Caroni-Rudolf, § 24 II.

2) So aber ohne jede Begründung Pittet, S. 117.

3) Vgl. 3. Kap. B.

10. Kapitel

Untergang

A) Verjährung

Neben den Erlöschensgründen wie Verzicht¹⁾, Untergang des berechtigten oder pflichtigen Grundstücks²⁾³⁾ kommt eine größere Bedeutung der Frage der Verjährung des Notwegrechts zu.

1) In Frankreich erlischt gemäß § 706 CC eine gewillkürte Servitut, wenn sie 30 Jahre nicht ausgeübt worden ist. Diese Bestimmung wird wie folgt auf das Notwegrecht angewandt: Die Verjährung greift nur ein, wenn die Ausübung des Rechts durch Vertrag bzw. Urteil geregelt ist, also der Notweg fixiert ist (droit de la servitude). Unverjährbar ist dagegen der "droit à la servitude" als eine sich aus dem Grundeigentum ergebende Befugnis.⁴⁾⁵⁾

- 1) Da das Notwegrecht ein privates Recht ist, kann der Berechtigte auf es verzichten. Damit in Deutschland der Verzicht dinglich wirkt, muß zu Lasten des wegebedürftigen Eigentümers eine die Ausübung des Notwegrechts ausschließende Grunddienbarkeit iSd § 1018 3. Alt. BGB bestellt werden (Gierke, S. 419; Rüdenberg, S. 92; Kulenkampff, S. 41; Buch, S. 92/93; a.A. Kretzschmar, S. 426; Süssheim, S. 302). In der Schweiz bewirkt der Verzicht den Untergang der Notwegservitut außerhalb des Grundbuchs. Auf das Lösungsbegehren des verzichtenden Rechtsinhabers hin erfolgt die Berichtigung des Grundbuchs (Liver, Art. 734 Nr. 97 ff.; Caroni-Rudolf, § 23 VI 2).
- 2) Art. 703 CC, Art. 734 ZGB. Vgl. Tribou, S. 130; Baumgartner, S. 59.
- 3) Das Notwegrecht erlischt ferner bei Enteignung eines der beteiligten Grundstücke. - In der Schweiz kann die Notwegdienbarkeit auch durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb gem. Art. 973 ZGB untergehen. Da jedoch die Wegenot weiterbesteht, kann der Eigentümer der Enklave erneut einen Notweganspruch geltend machen; Baumgartner, S. 60; Pittet, S. 47/48. Weitere Erlöschensgründe bei Caroni-Rudolf, § 23 VI.
- 4) Absolut h.M. vgl. statt aller Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 21; a.A. Pardessus, Nr. 227, der auch die Verjährbarkeit des "droit à la servitude" bejaht.
- 5) Die Verjährung greift nicht ein, wenn die Nichtausübung auf höherer Gewalt oder auf Umständen beruht, die der wegenotleidende Eigentümer nicht verhindern kann (contra non valentem agere non currit praescriptio; Tribunal civil d'Ussel 8.1.1898 S. 1899 II 32; Colonna, S. 85; vgl. auch Solon, Nr. 504). Abweichend davon soll nach Savatier, Rép. not. S. 777, die Verjährung nur dann ihre Wirkung entfalten, wenn der Grund für die Nichtausübung in der tatsächlichen Unbenutzbarkeit des dienenden Grundstücks liegt.

II) In Deutschland ist die Verjährung des Notwegrechts kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ausgeschlossen, § 924 BGB. Der Ausschluß gilt auch, wenn sich der Notweganspruch nach § 918 Abs. 2 BGB bestimmt.¹⁾

III) Auch nach schweizerischem Recht ist eine Verjährung nicht möglich.²⁾ Das ZGB läßt unter bewußter Abkehr von der römisch-rechtlichen Servitutenverjährung eine Verjährung von Dienstbarkeiten nicht zu.³⁾

B) Wegfall der Wegenot

I. Untergang des Notwegrechts

Die Notlage des vom öffentlichen Weg isolierten Eigentümers kann temporärer Natur sein. Wenn die Enklave durch den Bau einer Straße an das öffentliche Straßen- und Wegenetz angeschlossen wird oder der Eigentümer ein zwischen seiner Liegenschaft und dem öffentlichen Weg liegendes Grundstück hinzuerwirbt, hört die Wegenot auf zu bestehen. Hat damit das Notwegrecht seine Existenzberechtigung verloren?

1) Die Frage ist in der französischen Judikatur und Doktrin umstritten.

Einig ist man sich nur in einem Punkt: Im Fall des Art. 684 CC besteht das Notwegrecht fort. Diese Lösung ist konsequent; denn Rechtsgrund ist nicht das Gesetz, sondern der die Wegenot bedingende Vertrag über die Teilung des Grundstücks. Auf den Be-

1) Süssheim, S. 357.

2) Liver, Art. 734 Nr. 186; ders. Festschrift Betti, S. 287; Mengiardi, S. 124.

3) Eine Bestimmung über die Zulassung der Servitutenverjährung war zwar im Entwurf eines schweizerischen ZGB von 1904 vorhanden (Art. 726), sie ist jedoch vom National- und vom Ständerat nicht gebilligt worden, da man sie in Anbetracht der Norm über die richterliche Ablösung von Dienstbarkeiten (Art. 736 ZGB) als überflüssig erachtete. Vgl. Botschaft des Bundesrates, S. 73, und ausführlich Liver, Art. 734 Nr. 186 ff.

stand dieses vertraglichen Notwegrechts hat der Wegfall der Wegenot keinen Einfluß.¹⁾

Hinsichtlich des auf Art. 682 CC beruhenden Notwegrechts vertritt eine Mindermeinung²⁾, namentlich Demolombe²⁾ und Baudry-Lacantinerie, die Ansicht, daß die Notwegservitut, wenn sie einmal fixiert ist, unverändert fortbesteht, selbst wenn die Notlage später aufhört. Nach Demolombe ist die Notwegservitut Attribut des Grundstücks und als solches akzessorisch. Bei Baudry-Lacantinerie erklärt sich der Fortbestand aus der von ihm vertretenen Auffassung von der Entstehung der Legalservituten: Da das Notwegrecht nicht kraft Gesetzes sondern durch Vertrag, Urteil oder Ersitzung entstehe, müsse es den auf die gleiche Weise begründeten gewillkürten Dienstbarkeiten gleichgestellt werden. Es unterstehe daher ausschließlich den für die Dienstbarkeiten geltenden Untergangsgründen. Dazu gehöre nicht der Wegfall der Wegenot.³⁾

Dieser Schluß ist in dogmatisch-konstruktiver Hinsicht konsequent; er widerspricht aber Sinn und Zweck des Notweginstitutes als einer servitus necessaria.

Die Gegner dieser Auffassung weisen mit Recht darauf hin, daß der fortbestehende Weg dann nicht mehr als eine servitus necessaria, sondern ein der bloßen Bequemlichkeit des Eigentümers dienender Durchgang ist, der nicht durch Art. 682 CC gerechtfertigt wird.

1) Cass. req. 4.12.1934 Gaz. Pal. 1934 II 1010; Cass. civ. 2.11.1959 J.C.P. 1959 IV 154; Baudry-Lacantinerie, Nr. 1050; Colin/Capitant, Nr. 100; Lafage Gaz. Pal. 1960 II Doctrine 18; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784 mwN.

2) Duranton, Nr. 435; Féraud-Giraud, Nr. 789; Demolombe, Bd. 12 Nr. 642; Baudry-Lacantinerie, Nr. 1050.

3) Baudry-Lacantinerie, Nr. 1050, führt weiter aus, daß es sich bei dem Fortbestand des Notwegrechts trotz Wegfalls der Enklave um ein Beispiel eines häufig vorkommenden juristischen Phänomens handle: "causes mobiles et périssables produisent des effets permanents et invariables." Dabei beruft er sich auf die Digesten: "ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis."

So hat denn auch nach der herrschenden Meinung der Wegfall der Wegenot eo ipso das Erlöschen des Notwegrechts zur Folge.¹⁾

Da der in dem Notwegrecht liegende Eingriff in das nachbarliche Eigentum nur durch die Notlage des abgeschlossenen Grundeigentümers zu rechtfertigen ist, muß der Eingriff notwendigerweise dann aufgehoben werden, wenn die Notlage nicht mehr vorhanden ist (cessante causa cessat effectus).

Von diesen Gedanken gehen auch die Rechtsprechung sowie Planiol/Ripert und Ripert/Boulanger aus. Nach dieser Meinung erlischt grundsätzlich die Notwegservitut mit der Beendigung der Wegenot. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Eigentümer 30 Jahre lang einen bestimmten Weg in immer gleicher Weise benutzt hat.²⁾

"La servitude de passage au profit d'un fonds enclavé, lorsqu'elle s'est exercée depuis plus de trente ans sur l'un des fonds voisins, n'est pas éteinte par la cessation accidentelle ou définitive de l'état d'enclave, anéantissant le titre légal, sur lequel s'appuyait la servitude; lorsque le passage accordé par la loi au fonds enclavé a été exercé pendant trente ans suivant un mode et une assiette déterminés, cette possession trentenaire équivaut à un titre acquisitif de la servitude."³⁾

Der dreißigjährige Besitz wird als Erwerbstitel angesehen, der den Fortbestand des Rechts sichert. Das kraft Gesetzes entstehende Notwegrecht wird noch einmal durch Ersitzung erworben. Diese schon seit Mitte des vorigen Jahrhunderts bestehende Rechtsprechung wird - wie schon in bezug auf die

-
- 1) Toullier, Nr. 554; Taulier, S. 428/429; Gavini, Nr. 977; Laurent, Nr. 110; Acollas, S. 66; Marcadé, Nr. 642; Huc, Nr. 398; Demante, Nr. 539 bis II; Zachariae/Crome, S. 527 Fn. 8; Beudant/Voirin, Nr. 535; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; Marty/Raynaud, Nr. 293; Aubry/Rau, (7) Bd. 3 Nr. 22. Anfangs auch die Appellationsgerichte: Paris 20.11.1865 S. 1866 II 4; Limoges 15.3.1869 S. 1869 II 99; weitere Nachweise bei Fuzier-Herman, Art. 682 Nr. 149.
- 2) Cass. civ. 19.6.1872 D. 1872 I 258/259; Cass. civ. 24.11.1880 D. 1881 I 71 und Note; Cass. civ. 13.5.1959 D. 1959 Somm. 106; Trib. civ. Saumur 14.5.1959 J.C.P. 1959 II 11262; Cass. civ. 6.7.1959 D. 1960 Somm. 26; Planiol/Ripert, Nr. 939; Ripert/Boulanger, Nr. 3118.
- 3) Montpellier 5.2.1954 D. 1954 J. 299.

Ersitzung ausgeführt worden ist.¹⁾ - von der herrschenden Doktrin als unvereinbar mit dem Gesetz angegriffen.²⁾

2) In Deutschland statuiert das BGB, daß die Nachbarn den Notweg "bis zur Behebung des Mangels" dulden müssen. Aus dem Wortlaut ergibt sich, daß das Notwegrecht eo ipso erlischt, wenn die Wegenot wegfällt.³⁾⁴⁾ Das bislang beschränkte Grundeigentum wird kraft der ihm innewohnenden Elastizität wieder zum Recht der ausschließlichen Sachherrschaft.

3) In der Schweiz wird unter Hinweis auf Art. 736 Abs. 1 ZGB gleichfalls einhellig der Untergang der Notwegservitut bejaht.⁵⁾ Art. 736 ZGB mit der Überschrift "Ablösung durch den Richter" normiert in Abs. 1:

"Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete ihre Löschung verlangen."

Die richterliche Ablösung der Grunddienstbarkeiten,⁶⁾ ein vom

1) 5. Kap. D.

2) Colin/Capitant, Nr. 99; Landreau, J.C.P. 1963 I 1784; Marty/Raynaud, Nr. 293; vgl. auch Hansenne, S. 402.

3) OLG Karlsruhe 12.4.1901 OLGE 2 (1901) S. 506; OLG Köln 4.5.1904 PucheltsZ 36 (1905) S. 60 ff.(64); Soergel/Siebert/Baur, § 917 Nr. 16.

4) Ebenso erlischt nach italienischem Recht das Notwegrecht bei Wegfall der Abgeschlossenheit, Art. 1055 Codice civile. Ebenso nach Art. 475 des früheren Code civil des Kantons Vaud.

5) Wieland, Art. 694 Nr. 1,4; Leemann, Art. 694 Nr. 46,47; Waldis, S. 178,180; Bosshart, S. 60; Liver, Einltg. Nr.104, Art. 736 Nr. 75,180; Pittet, S. 57.

6) Nach deutschem Recht erlischt eine Grunddienstbarkeit bei Wegfall des Interesses für das herrschende Grundstück. Dies ergibt ein Gegenschluss aus § 1019 BGB.

ZGB neugeschaffenes Rechtsinstitut¹⁾, gilt auch für das Recht der Legalservituten.²⁾ Das bedeutet für das Notwegrecht, daß mit dem Wegfall der Wegenot der in Art. 736 Abs. 1 ZGB geforderte Interessenverlust als gegeben angesehen wird. Zwar kann der Eigentümer noch ein Interesse an der Weiterbenutzung des Weges haben, doch ist dieses nicht identisch mit demjenigen, das zur Begründung der Notwegservitut geführt hat. Dieses war das Interesse an der Beseitigung der Wegenot. Nur dieses ursprüngliche Interesse, um dessentwillen die Dienstbarkeit bestellt wurde, ist aber das relevante Interesse im Rahmen des Art. 736 Abs. 1 ZGB³⁾, so daß mit seinem Wegfall das Notwegrecht erlischt.

Infolge des Untergangs der Servitut wird das Grundbuch unrichtig. Zugunsten des Nachbarn entsteht ein Berichtigungsanspruch, der nach neuerer Auffassung im Wege einer Feststellungsklage durchgesetzt werden kann.⁴⁾ Das hierauf ergehende Feststellungsurteil legitimiert den Nachbarn, die Löschung der Notwegservitut zu verlangen.⁵⁾

- 1) Die Neuerung, die in dieser Allgemeinheit weder Vorläufer im historischen Recht noch in den geltenden Rechtsordnungen anderer Länder hat (Liver, Art. 736 Nr. 1), war als Ersatz für die nicht in das ZGB aufgenommene Regel der Servitutenverjährung und Eigentumsfreiheitsservitutung gedacht. Sie hat in der Praxis nur eine bescheidene Rolle gespielt (R.Gmür, S. 131), wenn sie nicht sogar als Fehlschlag angesehen werden kann (Liver, Festschrift Betti, S. 288). Im übrigen steht die Bestimmung in einem gewissen Widerspruch zum (sonstigen) Recht der Grunddienstbarkeit. Während einerseits für die Begründung einer Grunddienstbarkeit ein Interesse für das herrschende Grundstück (sog. Utilität) nicht verlangt wird, soll andererseits die Ablösung der Grunddienstbarkeit davon abhängig sein, daß ein solches Interesse nicht mehr vorhanden ist. Dieser Widerspruch wird dadurch ausgeschaltet, daß das Interesse für das herrschende Grundstück als das persönliche Interesse des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks interpretiert wird; Liver, Art. 736 Nr. 53 ff.; ders. Festschrift Betti, S. 285 ff.
- 2) Liver, Einlgt. Nr. 104, Art. 736 Nr. 75, 180; Leemann, Art. 694 Nr. 46, 47; Waldis, S. 178, 180; Bosshart, S. 60; unscharf Neuenschwander, S. 149: "Doch brauchen die Voraussetzungen, wie sie für die Ablösung von gewöhnlichen Dienstbarkeiten gelten, nicht erfüllt zu sein."
- 3) Liver, Art. 763 Nr. 58 ff., 146; ders. Festschrift Betti, S. 298; Caroni-Rudolf, § 24 I 3; BG 16.6.1966 BGE 92 II 89 (93).
- 4) Liver, Art. 734 Nr. 65; 736 Nr. 98 ff., 102; Neuenschwander, S. 24; Caroni-Rudolf, § 24 I 6. Für Gestaltungsurteil: Regierungsrat Bern MBVR (14) 1916 S. 453 ff. (454, 455); Wieland, Art. 736 Nr. 6; Leemann, Art. 736 Nr. 16, und neuerdings R.Gmür, S. 130/131.
- 5) Vgl. BG 8.7.1965 BGE 91 II 190 (196, 197).

II) Rückzahlung der Entschädigung

1) Die Art. 682 ff. CC enthalten keine Aussage darüber, ob bei Untergang der Servitut infolge Wegfalls der Wegenot die vom Nachbarn empfangene Kapitalabfindung zurückzuerstatten ist.¹⁾ Ein Teil der Literatur tritt für die völlige²⁾, ein anderer Teil für die teilweise Rückzahlung³⁾ des Kapitals ein, wobei im letzteren Fall die Autoren vor der Schwierigkeit stehen, die Höhe des zurückzuzahlenden Betrages zu bemessen. Nach neuerer Ansicht braucht der Nachbar die Entschädigung nicht zurückzugeben. Das gilt auch dann, wenn diese im Hinblick auf die unbeschränkte Dauer des Notwegrechts bemessen worden ist.⁴⁾

2) Infolge der vom BGB getroffenen Wahl der Rente als Entschädigungsform entstehen in Deutschland keine Rückzahlungsprobleme. Mit dem Untergang des Notwegrechts erlischt gemäß § 917 Abs. 2 Satz 2 iVm § 914 Abs. 1 Satz 2 BGB auch die Rentenpflicht.

3) Art. 736 Abs. 1 ZGB sieht keine Rückgabe der Entschädigung vor.⁵⁾

-
- 1) In Italien ordnet Art. 1055 Codice civile die Rückerstattung der empfangenen Vergütung an, wobei jedoch das Gericht unter Berücksichtigung der Dauer der Dienstbarkeit und des erlittenen Schadens den Betrag herabsetzen kann.
 - 2) Toullier, Nr. 554; Solon, Nr. 332; Taulier, S. 429; Colonna, S. 96; ebenso die frühere Rechtsprechung der Cour d'appel (Nachweise bei Colonna, S. 96). Die Gerichte stellten die Vermutung auf, daß der notwegleidende Eigentümer jeweils eine Entschädigung geleistet hatte.
 - 3) Gavini, Nr. 977; Ripert, Thèse S. 181.
 - 4) Beudant/Voirin, Nr. 535; Aubry/Rau, (6) Bd. 3 § 243 S.44/45.
 - 5) Der Vorentwurf von 1899 (Art. 786) enthielt eine Entschädigungsregelung; sie wurde jedoch nicht in den Vorentwurf von 1900 übernommen; vgl. Liver, Art. 736 Nr. 178.

Die herrschende Meinung bejaht jedoch eine Rückzahlung, sei es in voller Höhe¹⁾, sei es teilweise.²⁾³⁾ Hiergegen wendet sich zu Recht die neuere Lehre.⁴⁾ Mit Rücksicht auf den eindeutigen gesetzlichen Wortlaut könne die Entschädigung weder ganz noch zu einem Teil zurückverlangt werden. Der Nachbar erleide infolge des Untergangs der Notwegservitut keine Einbuße in seinen Interessen. Das eventuelle Interesse an der Aufrechterhaltung des Weges könne dem ursprünglichen Interesse, das zur Begründung des Notwegrechts geführt habe, nicht gleichgestellt und deshalb nicht berücksichtigt werden. Diese Argumentation überzeugt, da sie sich klar an der Schadensersatzfunktion der Entschädigung orientiert.

C) Mißverhältnis zwischen Vorteil und Nachteil

Das Notwegrecht geht ferner gemäß Art. 736 Abs. 2 ZGB⁵⁾ unter, wenn ein erhebliches Mißverhältnis zwischen dem Vorteil des Notwegberechtigten und der Belastung des Nachbarn eingetreten ist. Die Diskrepanz kann sowohl infolge eines Schwundes der Interessen des Berechtigten als auch der Zunahme der Belastung

- 1) Wieland, Art. 694 Nr. 1 unter Hinweis auf den bereits zitierten Art. 475 Code civil des Kantons Vaud.
- 2) Leemann, Art. 694 Nr. 46; Haab, Art. 694-696 Nr. 24; Robichon, S. 226; neuerdings Pittet, S. 58/59, der aus Gründen der Billigkeit für eine Rückzahlung eintritt.
- 3) Nach Baumgartner (S. 58 ff.) soll die Entschädigung grundsätzlich nicht zurückerstattet werden; dem Notwegberechtigten sei aber in Anlehnung an Art. 736 Abs. 2 ZGB dann eine Entschädigung zuzusprechen, wenn er trotz Wegfalls der Wegenot noch ein Interesse an der Weiterbenutzung des Weges habe.
- 4) Liver, Art. 736 Nr. 178 ff., 181; im Anschluß hieran Neuen-schwander, S. 419; Caroni-Rudolf, § 24 I 5.
- 5) "Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismäßig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden."

des Verpflichteten entstehen.

Sie muß, damit sie den auf dem nachbarlichen Proportionalitätsgrundsatz beruhenden "Ablösungsanspruch" rechtfertigt, so erheblich sein, daß - gesetzt, es ginge um die Einräumung der Notwegservitut - dem Nachbarn keine Verpflichtung auferlegt werden könnte. Die Beurteilung dieser Frage richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Sind die Voraussetzungen des Art. 736 Abs. 2 ZGB gegeben, so erlischt die Legalservitut wie im Fall des Abs. 1 eo ipso.

Das gegebenenfalls ergehende Urteil ist ebenfalls ein Feststellungsurteil.¹⁾

Anders als Abs. 1 sieht Abs. 2 eine Entschädigung des Notwegberechtigten vor. Diese Regelung ist gerechtfertigt, da der Eigentümer häufig auf einen neuen Notweg angewiesen ist und er diesen nur gegen erneute Leistung einer Entschädigung erhält.²⁾

D) Vergleichende Betrachtung

Iediglich in Frankreich nehmen ein Teil der Autoren und mit einer Einschränkung auch die Rechtsprechung an, daß das Notwegrecht nach Wegfall der Wegenot weiterbesteht.

Während Demolombe und Baudry-Lacantinerie aus begrifflich-konstruktiven Gründen den Fortbestand bejahen,³⁾ kommt die Judikatur - aus Gründen vermeintlicher Rechtssicherheit - durch die Zulassung der Ersitzung des Rechts zum gleichen

1) Liver, Art. 736 Nr. 177; Neuenschwander, S. 24; Caroni-Rudolf, § 24 I 6; wohl auch Leemann, Art. 736 Nr. 16; Für Gestaltungsurteil: Regierungsrat Bern MBVR 14 (1916) S. 453 ff. (454/455) und neuerdings R. Gmür, S. 130/131.

2) Caroni-Rudolf, § 24 I 5. Vgl. aber die Bedenken von Liver, Art. 736 Nr. 178.

3) Abgesehen davon, daß diese formale Argumentation wenig überzeugt, ist auch die weitere Überlegung, daß trotz Wegfall des Entstehungsgrundes das einmal entstandene Recht fortbesteht, anfechtbar. Diese Schlussfolgerung setzt nämlich voraus, daß die Entstehung des Rechts auf dem freien Willen der Parteien beruht. Das ist aber beim Notwegrecht nicht der Fall; vgl. Laurent, Nr. 112.

Ergebnis.¹⁾

Die Ersitzung, die im französischen Recht mangels eines eigentlichen Grundbuchsystems eine ungleich wichtigere Rolle als in Deutschland und der Schweiz spielt, dient generell der Schaffung sicherer Rechtsverhältnisse. Ihre Zulassung kann - beschränkt auf die Richtung des Weges und die Modalitäten der Benutzung - zum Zweck der Klärung der bisweilen unsicheren Rechtslage als vorteilhaft angesehen werden. Die Möglichkeit der Ersitzung des Rechts hat jedoch nur in sehr geringem Maße diese Vorzüge.

Hört die Wegenot vor Ablauf von dreißig Jahren auf, so erlischt das Notwegrecht. Da der Eigentümer die Dauer der Wegebenutzung meistens nicht feststellen kann, schwebt er beim Wegfall der Wegenot in der Ungewissheit, ob sein Recht noch besteht oder nicht.

Abgesehen von diesem Nachteil verstößt die praktizierte Rechtsprechung gegen den klaren Wortlaut des Art. 690 ff. CC, wonach nur ständige Servituten ersessen werden können.²⁾ Wenn auch die gesetzliche Regelung der Servitutenersitzung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und ein Bedürfnis nach Ersitzung auch der nicht ständigen Dienstbarkeiten bestehen mag,³⁾ so ist von diesen Überlegungen jedenfalls das Notwegrecht auszunehmen; denn eine Ersitzung läßt sich nicht mit dessen Funktion, ausschließlich einer Notlage abzuhelpen, vereinbaren.

Damit ist das Argument angesprochen, das am durchschlagendsten die Unhaltbarkeit der von der französischen Judikatur ver-

1) Bemerkenswert ist, daß die belgische Rechtsprechung - bei gleichlautenden gesetzlichen Bestimmungen - den Fortbestand des Notwegrechts verneint. Sie anerkennt zwar auch (obwohl eine dem Art. 685 CC entsprechende Vorschrift fehlt) die Ersitzung der Richtung des Weges etc., doch folgert sie daraus nicht die Fortdauer der Servitut, wenn die Wegenot aufhört; vgl. Hansenne, S. 394 mwN.

2) H.M., vgl. Marty/Raynaud, Nr. 292.

3) Vgl. Arminjon/Nolde/Wolff, Nr. 267.

tretenen Auffassung beweist.

Während die Rechtsprechung in den Nachbarländern¹⁾ die "notwendige Kollisionsregelung" funktionsgerecht interpretiert und ein Fortbestehen des Notwegrechts verneint, verschiebt die französische Praxis nicht nur das nachbarliche Gleichgewicht zuungunsten des pflichtigen Nachbarn. Durch die Anerkennung eines Rechts, das lediglich Bequemlichkeitsinteressen des Eigentümers dient, für den Nachbarn aber eine mehr oder weniger große Behinderung bei der Ausnutzung seines Grundstücks bedeutet, mißachtet sie auch die Forderung nach einer ökonomisch sinnvollen Raumnutzung.

1) Deutschland, Schweiz, Italien, Belgien.

L e b e n s l a u f

Am 7. Februar 1941 wurde ich als ältestes von zwei Kindern des Dipl. Landwirtes Hans Heinrich Schroer und seiner Ehefrau Herta geb. Lohöfer in Soest geboren. 1944 fiel mein Vater während der Invasion in Frankreich.

Nach vierjährigem Volksschulbesuch und neunjähriger Gymnasialzeit bestand ich am 3. März 1960 am humanistischen Archigymnasium in Soest das Abitur. Im Anschluss daran leistete ich meinen zwölfmonatigen Wehrdienst ab. Nach Studien in Göttingen, Lausanne und Münster legte ich am 26. Februar 1966 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Seitdem bin ich Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.



